

FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS

**EMPRESA E DISCURSO NA CONTEMPORANEIDADE - ANÁLISE
INTERDISCIPLINAR DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA
EMPRESA**

Nova Lima
2011

TEREZA CAROLINA CASTRO BIBER SAMPAIO

**EMPRESA E DISCURSO NA CONTEMPORANEIDADE - ANÁLISE
INTERDISCIPLINAR DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA
EMPRESA**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Empresarial

Orientador: Prof. Dr. Fábio Roberto Rodrigues Belo

Nova Lima
2011

S192 e SAMPAIO, Tereza Carolina Castro Biber
Empresa e discurso na contemporaneidade - análise interdisciplinar do princípio da preservação da empresa./Tereza Carolina Castro Biber Sampaio – Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos / FDMC, 2011

143 f. enc.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Roberto Rodrigues Belo

Dissertação (Mestrado) – Dissertação para obtenção do título de Mestre, área de concentração Direito empresarial junto a Faculdade de Direito Milton Campos

Bibliografia: f. 137-143

1. Preservação da empresa. 2. Função social. 3. Empresa social. I. Belo, Fábio Roberto Rodrigues. II. Faculdade de Direito Milton Campos. III. Título

CDU 347.471(043)
347.72



Faculdade de Direito Milton Campos – Mestrado em Direito Empresarial

Dissertação intitulada: "*Empresa e discurso na contemporaneidade - análise interdisciplinar do princípio da preservação da empresa*" de autoria da Mestranda Tereza Carolina Castro Biber Sampaio, para exame da banca constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Dr. Fábio Roberto Rodrigues Belo
Orientador

Profa. Dra. Nanci de Melo e Silva

Prof. Dr. Igor Mauler Santiago

Nova Lima, ____/____/____

Alameda da Serra, 61 – Bairro Vila da Serra – Nova Lima – CEP 34000-000 – Minas Gerais – Brasil. Tel/fax (31) 3289-1900.

Dedico este trabalho ao meu filho, Victor
Hélio, luz da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Professor Fábio Belo, por todo apoio e paciência na supervisão deste trabalho, e ao Professor Rohrmann pelo incentivo de continuar meus estudos.

Agradeço ao meu marido, Fábio Catão, por ter mudado toda a trajetória de nossas vidas para voltarmos para Belo Horizonte a fim de que eu ingressasse no mestrado.

Agradeço aos meus pais, pelo suporte aos meus projetos e em particular à minha mãe pela leitura carinhosa de meus textos.

Agradeço a minha amiga da vida inteira, Juliana Balbino, por ter me inspirado sempre.

RESUMO

Este estudo apresenta os resultados de pesquisas sobre o princípio da preservação da empresa, incluído no art. 47 da Lei de Recuperação Judicial de Falência de 2005. O trabalho foi desenvolvido ao longo do curso de mestrado na Faculdade Milton Campos, bem como em período de estudos nos Estados Unidos, na Escola de Direito da University of California Los Angeles (UCLA), na condição de pesquisadora visitante sob supervisão da Professora Lynn A. Stout. A pesquisa está dividida em duas partes distintas: na primeira, há concentração nas questões estritamente jurídicas; na segunda, exploramos alguns aspectos interdisciplinares da preservação da empresa. O objetivo geral da primeira parte da dissertação é dissecar a expressão "princípio da preservação da empresa", investigando o significado jurídico de "princípios" (Ávila), "empresa" (Asquini) e de "função social da empresa". É por ter relevante função social que a empresa é digna de atuação estatal em sua preservação no contexto da falência. O objetivo geral da segunda parte da dissertação é abordar aspectos interdisciplinares da preservação da empresa a partir das perspectivas da sociologia (Bourdieu e Roy), filosofia (Foucault) e economia (Yunus). A mais atual corrente norte-americana de pensamento jurídico sobre a empresa como instituição com propósitos maiores de que a simples maximização dos lucros dos acionistas está presente em nosso estudo. Apresentamos o revolucionário modelo econômico bengali de empresas sociais, empresas constituídas para erradicar um problema social a partir das técnicas de gerência e administração empresariais tradicionais. As ideias de que a empresa pode ser compreendida como parte do projeto de governabilidade do Estado e atende a funções mais amplas que o simples retorno financeiro a seus investidores subjazem todo essa nossa empreitada.

Palavras-chave: Preservação da empresa. Função social. Empresa social.

ABSTRACT

This study presents the results of researches about the legal principle of the company preservation, brought by the Brazilian Bankruptcy Act of 2005 in its Section 47. The work was developed during the Masters in Law at Milton Campos School of Law, and during the time of research at University of California Los Angeles (UCLA) School of Law, as a visiting researcher under supervision of Professor Lynn A. Stout. The study is divided in two main parts: in the first one, we focus on strictly juridical issues; in the second one, we explore some interdisciplinary aspects of the company preservation. The general objective of the first part of this thesis is to dissect the expression "company preservation principle", investigating the legal meaning of "principles" (Ávila), "company" (Asquini) and "company's social function". It is because the company has a relevant social role that the company is worth of state's action in order to preserve it in the bankruptcy context. The general objective of the second part of this thesis is to address interdisciplinary aspects of the company preservation through the perspective of sociology (Bourdieu and Roy), philosophy (Foucault) and economy (Yunus). The most up to date line of North-American legal thought about the company as an institution with broader ends than the shareholder wealth maximization is presented in this study. We also present the revolutionary Bengali economic model of social enterprise, which are companies built to end a social problem through the application of traditional company's administration techniques. The ideas of the company as part of state's governmentability project and the company as having bigger functions than the shareholder wealth maximization underlie all our work.

Key words: Company preservation. Social function. Social enterprise.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	DELIMITAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.....	13
2.1	Os que são princípios.....	13
2.1.1	Os princípios à luz da teoria de Humberto Ávila.....	14
2.1.2	Distinção fraca e distinção forte entre princípios e regras.....	14
2.1.3	Princípios e regras: a distinção da teoria de Humberto Ávila.....	20
2.1.4	Postulados: a terceira categoria normativa.....	25
2.2	Evolução teórica do direito comercial: possibilidade de surgimento do princípio da preservação da empresa.....	27
2.2.1	Direito dos comerciantes.....	29
2.2.2	Teoria dos atos de comércio.....	32
2.2.3	Teoria da empresa.....	37
2.3	Função social da empresa.....	45
2.3.1	Fundamentos legais.....	48
2.3.2	Solidariedade e função social da empresa.....	50
2.3.3	Eticidade e função social da empresa.....	54
2.3.4	Responsabilidade social da empresa extraída do mundo extrajurídico.....	55
2.3.5	Responsabilidade social e imagem da empresa.....	57
2.3.6	Aplicabilidade jurídica da função social da empresa.....	58
3	O DISCURSO QUE SUSTENTA A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.....	62
3.1	Princípio da preservação da empresa e o <i>bailout</i> do sistema financeiro Norte-Americano.....	63

3.1.2	Poder simbólico e violência em Bourdieu.....	64
3.1.3	<i>Bailout</i> do sistema financeiro Norte-Americano.....	70
3.2	Escamoteação da linguagem.....	81
3.2.1	Sociedade disciplinar, discurso de verdade e interesse do Estado no comércio em Foucault.....	82
3.2.2	Sociedade disciplinar.....	84
3.2.3	Discurso de verdade e interesse do estado no comércio em Foucault.....	87
3.3	Poder instituição e propriedade: requisitos da socialização do capital em Roy.....	90
3.3.1	O poder institucionaliza a propriedade.....	97
3.3.2	A propriedade institucionaliza o poder	98
3.3.3	O poder e a propriedade moldam as instituições.....	99
3.4	Vigência do paradigma da primazia da maximização da riqueza dos acionistas - Lynn A. Stout.....	102
3.4.1	<i>Short-termism</i>	103
3.4.2	<i>Capital lock in</i>	107
3.4.3	<i>Team production</i>	108
3.4.4	<i>Universal Investor</i>	110
3.4.5	<i>Prosocial Investor</i>	111
3.5	O que é empresa social?.....	113
3.5.1	Modelo das empresas sociais em Bangladesh.....	113
4	CONCLUSÃO	133
	REFERÊNCIAS	137

1 INTRODUÇÃO

O termo "preservação da empresa" foi introduzido na legislação brasileira pela Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência, Lei 11.101/2005. O artigo 47 prevê que o processo de recuperação judicial, algo equivalente ao antigo instituto da concordata, tem como: (a) objetivo: viabilizar a superação da crise econômico-financeira; (b) finalidade: manter a fonte produtora de emprego e de interesse dos credores. O artigo continua e prevê que a recuperação judicial promoverá: (i) a preservação da empresa; (ii) a função social da empresa; e (iii) o estímulo à atividade econômica.

O conceito legal de preservação da empresa ainda está em desenvolvimento pela doutrina pátria, uma vez que sua entrada no ordenamento jurídico é relativamente recente. A maioria dos acadêmicos que reflete sobre esse princípio, entende que sua compreensão necessariamente passará pela função social da empresa e recorre a uma interpretação do princípio em harmonia com as bases constitucionais. A preservação da empresa, bem como sua função social, fazem parte do atual modo de interpretação do direito privado, que tem como ponto de referência a dignidade da pessoa humana e a solidariedade.

Na presente dissertação, temos como objetivo contribuir para o aprofundamento no conhecimento desse princípio. Para tanto, estudaremos o

princípio da preservação da empresa através de uma análise interdisciplinar e não apenas do ponto de vista estritamente jurídico. O estudo é dividido em duas grandes partes. Na primeira delas, buscaremos delimitar o que seja o princípio da preservação da empresa, dissecando o que a doutrina legal entende por "princípio", por "empresa" e por "função social". Ao analisar o conceito de princípios, recorreremos com destaque aos ensinamentos de Humberto Ávila sobre a distinção entre princípios e regras, integrando também outros autores que lancem base teórica sobre o assunto. Prosseguimos com o estudo examinando o conceito de empresa e do próprio direito comercial, trazendo a evolução na compreensão da regulamentação da atividade comercial, inicialmente focada na pessoa do comerciante, depois nos atos de comércio e finalmente na empresa. Encerrando a primeira grande parte desta dissertação, adentramos no debate sobre a função social da empresa, seus fundamentos legais, sua conexão com as noções de solidariedade e eticidade, além das noções de responsabilidade social e utilização para construção da identidade da empresa como estratégia de marketing.

Cumprido o propósito de entender cada termo do "princípio da preservação da empresa", iniciamos a segunda parte do estudo. Nessa etapa, trazemos autores de outros campos do saber, quais sejam, sociologia e filosofia, e utilizamos suas lições como instrumento de análise do princípio da preservação da empresa enquanto discurso. No capítulo sobre o poder simbólico, trabalharemos com os conceitos de Bourdieu, a fim de entender o significado da falta de especificação legal a respeito da preservação da empresa como violência simbólica. Ilustraremos os conceitos do sociólogo francês com o caso do *bailout* do sistema financeiro americano, que demonstra como a ausência de determinação jurídica sobre as condições para preservação da empresa leva à perpetuação de um discurso de poder mesmo depois de ele se ter mostrado ineficiente. No segundo capítulo, trabalhamos com as idéias de Foucault para entender como o comércio se insere no projeto de governabilidade do Estado. Trazemos também a contribuição dos acadêmicos norte-americanos Roy e Stout, a fim de entender: (a) como o surgimento das corporações nos Estados Unidos é processo explicado pela dinâmica dos discursos de poder; (b) como modernamente as corporações servem a propósito muito mais amplo do que a maximização dos lucros de seus acionistas. Finalmente, chegamos ao último capítulo da segunda parte, no qual expomos o conceito de empresa social conforme formulado pelo economista bengali Yunus. A

empresa social é forma de atividade comercial que tem como fim solucionar um problema social, agregando seu objetivo humanista à eficiência da forma de gestão típica das empresas tradicionais maximizadoras de lucros.

2 DELIMITAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

2.1 O que são princípios?

No presente estudo, propomo-nos a delimitar o princípio da preservação da empresa, conceito chave dessa pesquisa. Mas, antes mesmo de adentrarmos no núcleo da idéia de preservação da empresa, entendemos necessário explicitar o que tratamos como princípio, visto que: (i) é efervescente a discussão doutrinária acerca da definição de princípios e regras, (ii) a preservação da empresa é por nós entendida como princípio e (iii) outros princípios nortearão a investigação ora proposta, tais como a função social da empresa, a capacidade contributiva, o princípio do não-confisco e a isonomia¹. Como informa o título desse item, a teoria que adotamos é a proposta por Humberto Ávila em sua obra “Teoria dos princípios”. Utilizamos a edição mais recente, a sétima (2007), que traz o prefácio escrito por Claus-Wilhelm Canaris à edição alemã da obra. Dedicar-nos-emos, aqui, a explicar a teoria dos princípios e a demonstrar o porquê de nossa escolha.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) elevou a nível hierárquico-normativo maior numerosos princípios que estão esculpidos ao

¹ Sobre isonomia e igualdade adentraremos nas discussões classificatórias em princípio ou postulado no item 2.3 do capítulo 2, em que o referido tema estará em destaque.

longo de seu texto. Nossa constituição é prolixa e bastante garantista, o que se explica pelo momento histórico em que foi elaborada, logo após o fim da ditadura militar que aniquilou direitos civis, sociais, políticos e a própria constituição, sendo o Ato Institucional nº 5, incorporado pela Emenda Constitucional nº 1, chamado de a “Constituição de 1969”. Ao procurar resgatar o Estado Constitucional de Direito através de direitos que assegura, a Carta de 88 lançou mão dos princípios, que, pela interpretação dada pelos constitucionalistas baseados em Esser, Larenz, Canaris, Dworkin e Alexy, que por hora chamaremos de interpretação tradicional², carecem de efetividade.

2.1.1 Os princípios à luz da teoria de Humberto Ávila

A teoria dos princípios de Ávila vem como crítica reflexiva ao que ele próprio denomina de euforia do Estado Principiológico³, em que o autor desconstrói os argumentos dos famigerados juristas supra citados, e vai além, erigindo sua própria teoria com admirável acurácia lógica, que nos faz lembrar a precisão e a racionalidade da filosofia alemã. O que nos chamou especial atenção na obra de Ávila é a busca para além da falta de clareza conceitual com que os juristas manipulam as espécies normativas ou recorrem de forma acrítica à proporcionalidade⁴. O que torna memorável a teoria dos princípios é que nela vemos o propósito de tornar reais os valores que permeiam nossa Constituição, torná-los efetivos e não mero discurso vazio. É uma obra de caráter reflexivo-filosófico com vistas à aplicação prática, direta e apta a mudar direção do direito.

Embora de elevada exatidão no método e diligência na elaboração teórica, Ávila examina as condições de aplicação das normas e põe fim ao reinado dos princípios sobre as regras, encaradas como normas de segunda grandeza pela teoria tradicional. Com o modelo da sistematização circular⁵, entendemos a importância das regras, pois “A eficácia concreta de uma norma constitucional é

² Chamamos de tradicional tais ensinamentos, pois foram os primeiros a serem produzidos sobre o tema e servem de base para parte majoritária da atual doutrina constitucionalista, embora todos sejam recentes, datando do século passado. Ávila chama de “teoria clássica do Direito Público” (p. 84).

³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 23.

⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 24.

⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.127.

tanto maior quanto melhor, mais objetiva, for sua explicação”⁶. Assim, não mais nos satisfaremos com a preservação da empresa como princípio constitucional implícito, ou explícito na nova legislação de falência e recuperação da empresa (Lei nº 11.101/05, art. 47), mas demandaremos regras e decisões judiciais conforme a efetivação da preservação da empresa.

2.1.2 Distinção fraca e distinção forte entre princípios e regras

Ávila divide as interpretações tradicionais entre as que fazem distinções fracas⁷ e aquelas que fazem distinções fortes⁸ entre princípios e regras. Os entendimentos de Esser e Larenz compõem o primeiro grupo, enquanto Alexy e Dworkin integram o último. Vejamos, brevemente, como Ávila sintetiza as idéias principais dos referidos autores⁹.

Para Esser, “O critério distintivo dos princípios em relação às regras seria [...] a função de fundamento normativo para a tomada de decisão” que detêm os princípios¹⁰. Já Larenz, vê os princípios como “fundamentos normativos para interpretação e aplicação do Direito [...]”¹¹. Ambos usam como caráter de diferenciação o critério “hipotético-condicional” contido nas regras, modo *se, então*, enquanto os princípios servem de fundamento para os juristas aplicarem futuramente dada regra.

A crítica que Ávila faz diz respeito à imprecisão do critério, pois se funda em como são formuladas lingüisticamente as normas, o que não se aproxima de uma distinção essencial entre as duas categorias normativas. A distinção entre princípios

⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.130.

⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 84.

⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 85.

⁹ Para termos uma idéia da relevância e da influência do pensamento dos autores citados, lembramos que Canotilho inicia sua explicação sobre princípios e regras fazendo referência à doutrina de Alexy. Mais adiante, enumera cinco critérios para distinguir as categorias normativas e em todos eles faz referência ora a Dworkin, ora a Esser, ora a Larenz e ora a Alexy, além de outros doutrinadores que subsidiam tais critérios (Direito Constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1.159-61).

¹⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 33.

¹¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 33.

e regras é feita pelo intérprete por meio das conexões valorativas que ele realiza. Ademais, os princípios têm conseqüências normativas e hipóteses de incidência. “O ponto decisivo não é, pois, a ausência da prescrição de comportamentos e de conseqüências no caso dos princípios, mas o tipo de prescrição de comportamentos e de conseqüências, o que é algo diverso”¹².

Dworkin diferencia regras e princípios apontando que as primeiras devem ser aplicadas de acordo com o modo *tudo ou nada*, ao passo que os princípios não determinam uma decisão, mas contêm fundamentos que podem ser utilizados conjuntamente com fundamentos outros provenientes de outros princípios. Alexy entende que as regras não podem ser ponderadas, têm premissas que são ou não preenchidas e instituem obrigações definitivas; já os princípios podem ser derogados em caso de colisão com outros princípios, não constituindo, pois, obrigações definitivas, mas obrigações *prima facie*¹³.

Ávila inicia sua crítica mais uma vez por ressaltar o papel do intérprete, uma vez que a diferenciação feita por Alexy e Dworkin diz respeito ao modo de aplicação das normas. O modo de aplicação não é essencial ao objeto, não o define; o modo de aplicação é determinado pelo intérprete. Trata-se de lição preliminar na filosofia das ciências, em especial das humanas e sociais, que a idéia de objeto vem atrelada à relação que o intérprete com ele estabelece¹⁴ e seus pré-conceitos (Gadamer). Sobre a relação entre intérprete e objeto discorre José Afonso da Silva:

A tarefa do intérprete é como a de alguém que penetra nesse ser autônomo, por meios da análise textual. E já se vê que a interpretação tem um aspecto objetivo que se refere ao objeto a ser interpretado e um aspecto subjetivo que se refere às qualificações e ideologia do intérprete, porque este não é neutro no processo interpretativo, porque nele participa com a carga de experiência, de conhecimentos, cultura e ideologia que informam sua formação jurídica¹⁵.

¹² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 43.

¹³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 44.

¹⁴ A Filosofia da Ciência aponta para fato de que não podemos falar em um único modelo científico, e isso está estritamente vinculado à idéia de objeto e a relação deste com o sujeito que cada uma das ciências propõe”. ALVARENGA, Cérise. **O pesquisador como espectador e intérprete**: dando voz a uma experiência de pesquisa. Disponível em: <http://www.ip.usp.br/laboratorios/lapa/versaoportugues/2c19a.pdf>. Acesso em: 21 de julho de 2008.

¹⁵ **Interpretação da Constituição**. Disponível em: www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/30a03_06_05/jose_afonso1.htm. Acesso em: 21 de julho

Tal como procede ao longo de toda sua exposição, Ávila ilustra seus argumentos com exemplos e com jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). O autor demonstra que regras podem ter sua hipótese de incidência preenchida e, apesar disso, não serem aplicadas ao caso concreto, desde que o aplicador fundamente com razões de direito que sejam superiores à própria regra preterida¹⁶. As regras, mesmo aquelas cuja aplicação pareça mais simples e direta, trazem em si as palavras, ou melhor, nos são acessíveis pela linguagem. A linguagem como meio de acesso comunicativo e as regras como essencialmente valores corporificados em normas sociais cogentes são subjetivas demais para o modo *tudo ou nada*.

Logo, não há como se manter a afirmação de Dworkin que as regras são aplicadas ao modo *tudo ou nada*. Caso assim o fosse, haveria casos, e não seriam poucos, em que programas de computadores poderiam muito bem dar soluções aos conflitos humanos, nas situações em que se aplicariam regras. Mas o Direito lida com o homem, com os conflitos humanos, com a medida do imponderável, enquanto o modo *tudo ou nada* em mais se aproximaria do irrefletido, do não-humano, do impossível.

Para as ciências humanas, que têm como paradigma a antropologia e a linguagem, o conceito de objeto não corresponde ao objeto da realidade material, o que de acordo com Rezende (1997) demanda uma relação de criticidade e reflexão entre cientista e objeto. A verdade é entendida como a busca do sentido na simbolização, e de consenso na multiplicidade de sentidos. Ou seja, é característica dessas ciências a polissemia do objeto, acolhendo múltiplos olhares. Isto quer dizer que, nessas ciências, a relação sujeito e objeto é intersubjetiva. O objeto é, nesse paradigma, o próprio sujeito na sua interlocução com a cultura. Assim sendo, somente este sujeito pode informar sobre ele mesmo, através do processo de simbolização e linguagem. Não haverá uma única verdade, mas sim um grande número de significados que a partir do diálogo crítico chegará a um consenso¹⁷.

Ávila esclarece que não é o tipo de obrigação que é instituído na estrutura condicional da norma que a definirá, porquanto regras não são normas de aplicação

de 2008.

¹⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 47.

¹⁷ ALVARENGA, Cérise. **O pesquisador como espectador e intérprete**: dando voz a uma experiência de pesquisa. Disponível em: <http://www.ip.usp.br/laboratorios/lapa/versaoportugues/2c19a.pdf>. Acesso em: 21 de julho de 2008.

absoluta, caso sejam preenchidas a condição hipotética, tampouco são os princípios relativos em quaisquer casos. O cerne da distinção reside no “modo como o intérprete justifica a aplicação dos significados preliminares dos dispositivos, se frontalmente finalístico ou comportamental, [tal modo] [...] permite o enquadramento numa ou noutra espécie normativa”.

Canaris, Dworkin e Alexy aproximam-se na distinção entre princípios e regras quando levantam o critério do conflito normativo, ou de como resolvê-lo, na ocasião de antinomia entre princípios ou conflito entre regras. Canaris fala em processo dialético na atribuição de valor aos princípios quando em conflito; Dworkin, em dimensão do peso no caso concreto de choque entre princípios; e Alexy afirma que princípios são deveres de otimização (ou mandamentos de otimização¹⁸), a serem aplicados no maior grau possível¹⁹.

Vejamos nas palavras do próprio Alexy:

A diferença entre regras e princípios mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e conflitos entre regras²⁰.

[...]

Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso²¹.

[...]

Ela [a lei de colisão] reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem eles a base para a resposta a objeções que se apóiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores²².

Ávila desmonta tais idéias ao dizer que a dimensão do peso não é algo que os princípios possuem exclusivamente, já que as regras também podem sofrer

¹⁸ "Mandamentos de otimização" – como a expressão escolhida por Virgílio Afonso da Silva na tradução para o português da obra "Teoria dos direitos fundamentais, de Robert Alexy.

¹⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 51.

²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92.

²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, 93-4.

²² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 99.

relativização. Exemplifica com duas regras do Código de Ética Médica, uma que determina que o médico diga toda a verdade a seu paciente sobre sua enfermidade, outra que impõe ao médico utilizar todos os meios possíveis para salvar seu paciente²³. Tais regras podem entrar em conflito no caso concreto da revelação da inteira verdade do diagnóstico vir a prejudicar o estado emocional do paciente e, conseqüentemente, sua recuperação e possível cura. Nenhum das regras aludidas perdeu a validade nesse exemplo, muito embora estejam em conflito. E tal conflito resolver-se-á com sopesamento de razões.

Ávila não tem dificuldades em deixar claro que regras admitem ponderação de fins e sopesamento de valores; logo também há ponderação em caso de conflitos entre regras. Para ele, a questão crucial é a distinção (interpretação) feita pelo aplicador (intérprete) dos casos em que a regra deve ser aplicada tal como proposta, uma vez que os elementos descritos na hipótese normativa atendem às razões para a tomada de decisão, e em que casos a razão justificativa da regra pode levar ao descumprimento de seu comando, a fim de atender melhor ao escopo normativo²⁴.

Setores da doutrina nacional já reconhecem os avanços da teoria proposta por Humberto Ávila. Anderson Schreiber admite que “parte da doutrina constitucionalista vem reconhecendo crescentemente esta autonomia da técnica da ponderação em relação aos princípios, e a relatividade da distinção entre princípios e regras neste particular”²⁵. Cita a afirmação de Luis Roberto Barroso no sentido de que a técnica da ponderação é *predominantemente* afeta aos princípios, mas não exclusivamente²⁶, e Marcelo Medina, que qualifica como círculo tautologicamente vicioso a distinção entre regras e princípios por meio da ponderação²⁷.

Voltamos à filosofia da ciência e à hermenêutica para explicar o ponto de vista de Ávila: a interpretação em face do caso concreto é o determinante na

²³ Exemplo trazido por Ávila de Aleksander Peczenik, na obra “*On law and reason*”, p. 61.

²⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 57-8.

²⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil** - da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 143.

²⁶ O começo da história – A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: renovar, 2003, p. 343 *Apud* SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil** – Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 143.

²⁷ Esboço de uma teoria da ponderação independente da teoria dos princípios. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. V.58 Rio de Janeiro: s/e., 2004 *Apud* SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil** – Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 140.

diferenciação feita por Canaris, Dworkin e Alexy entre regras e princípios através do modo de solução de conflitos que se opera em cada um deles. Dessa forma, eles discorrem, antes, a respeito de uma forma de interpretação que julgaram possíveis apenas para cada uma das espécies normativas. Entretanto, a interpretação pela ponderação não fica adstrita aos princípios, podendo ser estendida às regras: “a dimensão do peso não é um atributo empírico dos princípios, justificador de uma diferença lógica relativamente às regras, mas *resultado de juízo valorativo do aplicador*”²⁸ (grifos no original).

Conclui Ávila:

Significa que a dimensão de peso desse ou daquele elemento não está previamente decidida pela estrutura normativa, mas é atribuída pelo aplicador diante do caso concreto. [...] Isso porque não são as normas jurídicas que determinam, em absoluto, quais são os elementos que deverão ser privilegiados em detrimento de outros, mas os aplicadores, diante do caso concreto²⁹.

[...]

Além disso, a atribuição de peso depende do *ponto de vista* escolhido pelo observador, podendo, em função dos fatos e da perspectiva com que se os analisa, uma norma ter maior ou menor peso, ou mesmo peso nenhum para uma decisão. Como acertadamente afirma Hage, *weight is case-related*³⁰. A consideração ou não de circunstâncias específicas não está predeterminada pela estrutura da norma, mas *depende do uso* que dela se faz³¹ (grifos no original).

2.1.3 Princípios e regras: a distinção da teoria de Humberto Ávila

Ávila aponta dois modos de investigação dos princípios: exaltar os valores por eles protegidos e privilegiar o exame de sua estrutura. Quanto ao exame da estrutura, ressalta que é importante identificar “um procedimento racional de fundamentação que permita tanto especificar as condutas necessárias à realização de valores por eles privilegiados quanto justificar e controlar sua aplicação”³². Assim,

²⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 59. Nessa passagem, Ávila faz referência a Jaap. C. Hage. “Reasoning with rules...”.

²⁹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil** – Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 60.

³⁰ Traduzimos: “*Weight is case related*”; do inglês: o peso está relacionado ao caso concreto.

³¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil** – Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 61.

³² SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil** – Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 64.

conforme já destacamos, a teoria dos princípios de Ávila visa tirá-los do pedestal abstrato e engajá-los na prática, na eficácia que a sociedade demanda.

Antenado com a realidade, Ávila afirma que, no caso concreto, podem surgir razões justificativas que não foram previstas pelo legislador, portanto não estão nas regras. Tais razões podem ser de ordem tal que superem as razões pelas quais se informa a regra teoricamente aplicável, de modo que a regra não seja aplicada no caso concreto. Assim, o autor mostra que a diferenciação entre regras e princípios pelo modo de aplicação é vicioso, porque visa demonstrar antecipadamente o que só se pode saber finalmente³³.

Uma classificação não pode, a pretexto de definir espécies normativas em nível preliminar, utilizar-se de todas as circunstâncias. Isso significa, por conseguinte, que os critérios do *modo final de aplicação* e do *conflito normativo* são inadequados para uma classificação abstrata, na medida em que dependem de elementos que só com a consideração de todas as circunstâncias podem ser corroborados³⁴ (grifos no original).

Ávila informa que a classificação que propõe pode ser classificada como heurística e que certo dispositivo pode funcionar tanto para a construção de regras, quanto de princípios ou mesmo de postulados³⁵. Caso a dimensão imediata seja comportamental, teremos uma norma; caso seja finalística, um princípio; e caso seja metódica, um postulado. Essa é a distinção baseada no caráter pluridimensional dos enunciados normativos, proposta em contraposição à alternativa exclusiva das normas³⁶.

Os critérios para distinção entre regras e princípios são: a natureza do comportamento prescrito; a natureza da justificação exigida; e a medida de contribuição para a decisão. Quanto ao comportamento prescrito, as regras os prescrevem diretamente, são mediatamente finalísticas, são descritivas e deontológicas, enquanto os princípios estabelecem um estado ideal a ser atingido, são imediatamente finalísticos e deôntico-teleológicos. Em relação à justificação exigida em sua elaboração, as regras devem atender a uma correspondência entre a

³³ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil** – Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 66.

³⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil** – Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 67.

³⁵ A teoria de Ávila faz uma tríplice partição normativa, que inclui os postulados ao lado das regras e dos princípios.

³⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos princípios** – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 69-71.

descrição normativa e a construção factual, ao passo que os princípios devem ter correlação com os “efeitos da conduta a ser adotada e a realização gradual do estado de coisas exigido”³⁷. Quanto à contribuição para a decisão, as regras são preliminarmente decisivas e abarcantes; já os princípios são primariamente complementares e preliminarmente parciais.

Aglutinando as características de cada espécie normativa, Ávila assim as define:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decisibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção³⁸ (grifos no original).

Muito importante é a distinção subsequente que Ávila faz entre princípios e valores. O autor esclarece que, embora os princípios sejam relacionados aos valores, pois são normas e toda norma traz em si uma dimensão valorativa, eles situam-se no plano deontológico, logo, estipulam obrigações e adoção de condutas que promovam o estado ideal que trazem em si. Os valores, por sua vez, localizam-se na esfera axiológica ou meramente teleológica, atribuindo uma qualidade positiva a algo, sem, contudo, prescrever um comportamento obrigatório que vise alcançar um dado estado ideal³⁹.

Voltamos, mais uma vez, à importância da efetividade dos princípios. Encarados como são pela doutrina tradicional como flexíveis, os princípios perdem sua eficácia; apontados como forma de superação do formalismo, mas sem que se estabeleçam diretrizes de aplicação efetiva, os princípios ficam vazios e abrem margem para injustiça, decisionismo e manutenção do conservadorismo; qualificando os princípios como mais importantes que as regras, a doutrina elimina a

³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos princípios** – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 74-5.

³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos princípios** – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 78-9.

³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos princípios** – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 80.

possibilidade de valoração das regras⁴⁰. E conclui Ávila: “É preciso trocar o fim vago pelo fim específico”⁴¹ (grifos no original).

Ávila indica diretrizes para a análise dos princípios, de modo a dotá-los de eficácia:

- a) especificar ao máximo os fins, pois quanto mais específicos, mais fácil será sua realização;
- b) pesquisar casos paradigmáticos que possam iniciar o processo de esclarecimento das condições que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado pelos comportamentos necessários à sua realização;
- c) examinar as similaridades entre os casos colhidos na jurisprudência, a fim de constituir grupos de casos que tenham a mesma solução central;
- d) verificar quais são os bens jurídicos que compõem o estado ideal de coisas prescritos pelo princípio e quais os comportamentos necessários à sua realização;
- e) verificar se há outros casos que deveriam ter sido solucionados com base no mesmo estado de coisas e comportamentos necessários à sua promoção⁴².

Após discorrer sobre a eficácia interna e externa dos princípios, Ávila inova ao asseverar que, estabelecido conflito entre uma regra e um princípio, aquela deve prevalecer – posição que vai de encontro àquela da doutrina tradicional. Justifica seu posicionamento no que denomina de *função eficaz de trincheira* das regras, uma vez que as regras constituem decisão parlamentar preliminar sobre eventual conflito real, elas devem prevalecer caso se choquem com princípios, que são normas meramente complementares. As regras têm *superabilidade mais rígida*, enquanto os princípios têm *superabilidade mais flexível*⁴³.

⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos princípios** – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 91.

⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos princípios** – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 92.

⁴² ALEXY, Robert. **Teoria dos princípios** – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 91-4.

⁴³ ALEXY, Robert. **Teoria dos princípios** – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 103-4.

Nesse ponto específico, ousamos discordar de Ávila. Para tanto, invocamos razões das quais, anteriormente, ele mesmo já se valeu: o caso concreto é que deverá ser analisado e, só então, poderemos realizar uma ponderação e avaliar qual deverá prevalecer, se a regra ou o princípio. Entendemos que em caso de antinomia entre princípio e regra, não há como estabelecer, *a priori*, qual deles prevalecerá, pois não há como se demonstrar antecipadamente o que só se pode saber finalmente.

Vejam alguns exemplos. Em caso de adoção internacional pleiteada por casal italiano no Brasil, o que é possível através de entidade estrangeira credenciada na comissão estadual de adoção internacional, bem como porque Brasil e Itália são signatários da Convenção sobre Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em Matéria de Adoção Internacional, devem ser observadas as leis tanto do país adotante quanto do adotando. O Brasil impõe apenas limite de idade mínima de diferença de idade entre o adotante e o adotando, enquanto a Itália exige que a diferença de idade entre os adotantes e o adotado seja de, no mínimo, dezoito anos e, no máximo, de quarenta e cinco anos (art. 6º, Lei nº 184/1983 – Legislação italiana).

Caso surja um casal italiano interessado na adoção de dois irmãos, mas um deles tenha diferença de idade superior a quarenta anos em relação a um dos membros do casal adotante, a legislação italiana não permitiria a adoção. Contudo, seria caso de flagrante injustiça, pois raras são as famílias dispostas a aceitar irmãos e a situação das crianças em abrigo nunca é semelhante ao convívio no lar com os pais. Seria o caso de se infringir a regra italiana? Acreditamos que sim e assim também entende a Corte Constitucional da Itália.

A solução está em fazer prevalecer o princípio da proteção à família. A “Corte Costituzionale” da Itália manifestou-se nesse sentido. Isso porque o art. 31 da Carta Magna daquele País impõe como dever da República proteger a família, a infância e a juventude, o que não se coaduna com a negativa de adoção de menor abandonado, pela singular razão de diferença de idade entre o adotante e o adotado ser superior ao limite legal. Tal entendimento é expresso na sentença 148/1992, de 18-3-1992, da “Corte Costituzionale” italiana, em que se analisa caso similar ao aventado, no qual casal italiano pretendia tomar em adoção internacional um casal de irmãos, sendo que, contudo, a diferença de idade de um dos adotandos extrapolava o teto legal.

Os julgadores supremos italianos observaram que a separação de dois menores irmãos traria grave dano psicológico e de crescimento a cada um deles, o que afastaria a aplicação da lei ordinária em face da observação das garantias constitucionais⁴⁴. Consideraram, também, que a aplicação do dispositivo legal causaria dano irreparável às crianças, pois implicaria a separação do casal de irmãos, dano este bem superior ao do genitor adotivo contar com idade superior ao permitido pela lei⁴⁵.

Dessa forma, não se sustenta o impedimento legal de diferença máxima de idade entre adotante e adotando, conforme decisão da Suprema Corte italiana, no caso de adoção de dois irmãos quando um deles estiver dentro da faixa etária prevista no ordenamento. Portanto, no caso de adoção de grupo de irmãos pelo casal italiano, caso apenas um deles tenha diferença de idade superior a 45 anos em relação aos cônjuges adotantes, não se impõe a observância da norma do art. 6º, Lei nº 184/1983.

2.1.4 Postulados: a terceira categoria normativa

Os postulados normativos são metanormas, normas de segundo grau ou normas metodicamente subjacentes, que atuam no nível metódico. Não se confundem com os sobreprincípios (sobrenormas, ou normas semântica e axiologicamente subjacentes), que são normas de aplicação, mas que, em comum com os postulados, influenciam outras normas. Os postulados são normas que orientam a aplicação de outras normas, sendo dirigidos ao intérprete e ao aplicador do Direito e servindo de diretrizes metódicas com aplicação estruturante e constante em relação a outras variáveis⁴⁶.

⁴⁴ *“La separazione dei due minori germani arrecherabile grave danno psicologico e di crescita a ciascuno di essi, in quanto in applicazione degli artt. 33, ultimo comma, e 37 della stessa legge la sorellina andrebbe in adozione ad altri, e si profirebbe un contrasto con i principi costituzionali già richiamati”.*

⁴⁵ *“[...] appare in contrasto con i citati parametri costituzionali dal momento che non prevede la possibilità di deroghe quando l’applicazione della norma comporta per il minori un danno irreversibile, come accade con la separazione di due fratelli germani, ben superiore a quello di avere genitori adottivi la cui carenza sai solo nel non avere l’età prescritta”.*

⁴⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 122-3.

[...] os postulados não são normas imediatamente finalísticas, mas metódicas; não são normas realizáveis em vários graus, mas estruturam aplicação de outras normas com rígida racionalidade, e não são normas com elevado grau de abstração e generalidade, mas normas que fornecem critérios bastante precisos para a aplicação do Direito⁴⁷.

Sobre os postulados hermenêuticos, Ávila afirma que entre os mais importantes está o postulado da unidade. Nessa passagem faz referência a Canaris (“Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito”). Acrescentamos que também o postulado da adequação é de suma relevância na compreensão do pensamento sistemático proposto por Canaris, pois unidade e adequação são as características imanentes ao sistema.

Ao explicar o postulado hermenêutico da coerência, que classifica como subelemento da unidade, Ávila fala do modelo de sistematização circular. De acordo com tal modelo, não só as normas superiores condicionam as inferiores, mas há influência recíproca entre as normas de diferentes níveis hierárquicos, sendo que as normas “inferiores contribuem para determinar elementos das superiores”⁴⁸. O modelo é complexo e gradual; complexo, pois a relação de hierarquia não é apenas vertical, ma há entrelaçamento de normas, e gradual, pois “a sistematização será tanto mais perfeita quanto maior for a intensidade da observância dos seus vários critérios”⁴⁹.

Sobre os postulados normativos aplicativos, ensina que eles ditam o modo como devem ser aplicados os deveres de promoção do estado ideal de coisas que almejam os princípios. Relaciona como principais postulados aplicativos a proporcionalidade, a razoabilidade e a proibição de excesso, os quais analisa pormenorizadamente. Adverte que Alexy também não enquadra a proporcionalidade como princípio, pois usa a palavra alemã *Grundsatz* e não *Satz* nem *Prinzip*. Na tradução brasileira da obra “Teoria dos direitos fundamentais”, Virgílio Afonso da Silva foi atento a tal diferenciação de tratamento e escolheu o termo “máxima da proporcionalidade”. Todavia, a maioria da doutrina denomina a proporcionalidade de princípio.

⁴⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 123.

⁴⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 127.

⁴⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 127.

Os postulados não são aplicados direta e isoladamente, mas como parâmetro de realização de outras normas, estabelecendo seus critérios de aplicação. Ávila arrola as diretrizes de análise dos postulados normativos aplicativos, que são:

- a) levantamento de casos que tenham sido solucionados com base em um postulado normativo;
- b) análise dessas decisões e verificação dos elementos ordenados e da forma como foram relacionados entre si;
- c) investigação das normas aplicadas e dos fundamentos da escolha nessa aplicação;
- d) verificar se há outros casos que deveriam ter sido solucionados com base na mesma estrutura exigida pelo postulado⁵⁰.

Esclarecemos, então, porque entendemos a preservação da empresa como um princípio. Quanto ao comportamento prescrito, não há qualquer prescrição direta, mas o estabelecimento de um estado ideal a ser atingido, qual seja, que o poder público tanto se abstenha de implementar ações que visem à desestruturação da empresa, quanto promova esforços no sentido de proporcionar condições favoráveis ao desenvolvimento das empresas. Logo, a preservação da empresa é imediatamente finalística e deôntico-teleológica.

Em relação à justificação exigida em sua elaboração, não há uma descrição normativa com base em construção factual, e, sim, a correlação com os “efeitos da conduta a ser adotada e a realização gradual do estado de coisas exigido”⁵¹, ou seja, que as condutas adotadas pelo poder público sejam de maneira tal a não prejudicar e, mais, estimular a manutenção e a prosperidade da empresa em prol da comunidade⁵².

Quanto à contribuição para a decisão, é faltante na preservação da empresa o caráter preliminarmente decisivo e abarcante presente nas regras, sobressaindo o

⁵⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 139-41.

⁵¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.. P. 74-5.

⁵² Mais sobre a função social da empresa em item específico do capítulo terceiro da dissertação.

caráter complementar, inerente aos princípios, bem como a parcialidade, pois, por si só, não há como ser implementada.

2.2 Evolução teórica do direito comercial: possibilidade de surgimento do princípio da preservação da empresa

Ripert inicia seu “Tratado elementar de Direito Comercial” não explicando, mas, antes, colocando-nos questões. O que é o Direito Comercial: é direito dos comerciantes, um direito de classe; é direito dos comerciantes renascido como direito profissional, como se devêssemos criar um direito para cada profissão; ou é o direito das operações comerciais, sem quaisquer considerações a pessoas⁵³?

Sztajn afirma que a compreensão de empresa, modernamente, passa pela noção de mercado e diz “ser o atual direito comercial um direito dos mercados”⁵⁴. Para tanto, a autora busca noções em outro ramo do conhecimento, a economia, na tentativa de, através da interdisciplinaridade, entender o fenômeno dos mercados de forma mais abrangente⁵⁵. Sztajn trabalha com o conceito de empresa como feixe de contratos, como organização complementar ao mercado, que reduz custos de produção e atua de forma contínua, mantendo suas atividades.

Asquini, considerado um dos fundadores da teoria da empresa, aponta a empresa como fenômeno econômico poliédrico com quatro perfis de interesse jurídico. São eles: o subjetivo (empresa como empresário; condições de qualificação do empresário); o funcional (empresa como atividade empresarial; foco na função da empresa como produtora para mercados); o objetivo (empresa como estabelecimento; universalidade dos bens); e o perfil corporativo ou institucional (empresa como instituição; as relações de trabalho que se estabelecem dentro da empresa)^{56 57}.

⁵³ *Traité élémentaire de Droit Commercial*. 12. ed. V.1. Paris: LGDJ, 1986, p. 2.

⁵⁴ **Teoria jurídica da empresa** – Atividade empresarial e mercados. São Paulo: Atlas, 2004, p. 43.

⁵⁵ “É preciso seguir a trilha aberta por outros ramos do saber sem temor de avançar na produção de conhecimento”. SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa** – Atividade empresarial e mercados. São Paulo: Atlas, 2004, p. 221.

⁵⁶ SZTAJN. **Teoria jurídica da empresa** – Atividade empresarial e mercados. São Paulo: Atlas, 2004, p. 200-1.

⁵⁷ HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Teoria da empresa no novo Direito de Empresa**. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=602. Acesso em: 24 jun. 2008.

A determinação científica do que seja Direito Comercial e Empresarial foi recentemente suscitada entre nós pelo Código Civil de 2002 (CC/02), que trouxe um capítulo referente ao Direito de Empresa, mas também a nova lei de Falências e Recuperação da Empresa (Lei nº 11.101/05) fez vir à tona a discussão sobre o princípio da preservação da empresa (art. 47). As novéis legislações, que privilegiam a empresa em detrimento do empresário, põem na ordem do dia reflexões acerca da função social da empresa e da importância da empresa em outros ramos do direito.

Misabel Derzi explica o princípio da preservação da empresa, no que tange à graduação de impostos, como versão do princípio da capacidade econômica de pagar impostos. A tributarista atenta-nos ao fato de que, muito embora seja a nova lei de falências a responsável pela introdução expressa do termo “preservação da empresa” no ordenamento pátrio, deve-se buscar a efetividade do referido princípio em toda a vida empresarial e não somente nos períodos de crise⁵⁸.

Pelo breve apanhado, vemos não ser uníssona a determinação do que seja Direito Comercial e Direito de Empresa, mas cremos ser a concepção de empresa, como eixo central dos estudos dos juristas de hoje, a responsável por ter emergido fortemente discussões em torno do princípio da preservação da empresa. Assim, é necessário estudo detido de seus principais elementos históricos, a figura do comerciante, os atos de comércio, a empresa e os mercados, de forma a possibilitar a compreensão da matéria conforme as escolas francesa e italiana, a fim de entender a abrangência da preservação da empresa.

2.2.1 Direito dos comerciantes

O Direito dos Comerciantes pode ser identificado como o primeiro período na história do Direito Comercial⁵⁹, que vai da segunda metade do século XII até a segunda do século XVI. Tal fase é chamada de subjetiva, pois o critério adotado

⁵⁸ O princípio da preservação das empresas e o direito a economia de impostos. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. (Org.). **Grandes questões atuais do Direito Tributário**. v. 10. São Paulo: Dialética, 2006, p. 338.

⁵⁹ Coelho divide em quatro períodos históricos a evolução do Direito Comercial, sendo o primeiro momento chamado de civilização comunal, nos primórdios das corporações de ofício, seguido pelo período subjetivista. Sua classificação diverge, portanto, daquela que aqui adotamos, pois que iniciamos pelo Direito Comercial enquanto Direito dos Comerciantes. Entendemos que não há razão de ser na separação feita por Coelho, uma vez que prevalece o critério subjetivo no período medieval das corporações de ofício, bem como no período subjetivista propriamente dito.

para determinar a incidência desse ramo do direito é relativo ao sujeito, identificado com a qualidade de ser comerciante⁶⁰.

Os romanos já conheciam organizações de classe, chamadas colégios, mas foi durante a Idade Média que os comerciantes se juntaram para formar as corporações⁶¹, na medida em que ressurgiam as cidades. Foram criadas as regras corporativas e vasto repositório jurisprudencial nos tribunais especiais, destinados exclusivamente a resolver disputas entre comerciantes, e fortaleceram-se as ligas e corporações, a ponto de conferir autonomia às cidades mercantis que surgiam em seu entorno (com destaque para regiões da Alemanha e da Itália, onde o poder político era mais frágil em razão do caráter fragmentário territorial)⁶².

Temos, nessa fase, o período estritamente *subjetivista* do direito comercial a serviço do comerciante, isto é, um direito *corporativo, profissional, especial, autônomo*, em relação ao direito territorial e civil, e *consuetudinário*. Como o comércio não tem fronteiras, e as operações mercantis se repetem em massa, transpira nítido o espírito cosmopolita⁶³.

Carvalho de Mendonça nos ensina que, com a queda do Império Romano, voltou a anarquia à Europa e a falta de um poder político central, capaz de manter a paz interna, fez com que surgissem as corporações de classe ou de mercadores. “Cada corporação formava como que um pequeno Estado, dotado de um Poder Legislativo e de um Poder Judiciário”⁶⁴. As corporações tinham patrimônio próprio, adquirido pelas contribuições dos associados e por taxas que cobravam.

Borges traz as *ordonnances* de Luís XIV, elaboradas por seu ministro Colbert, como a primeira codificação mercantil de importância. É na *Ordonnance sur le commerce de terre*, conhecida por Código Savary (1673)⁶⁵, que se cristaliza a ideia de Direito dos Comerciantes. Até a edição dessa e de outras legislações de menor destaque pelos Estados, o Direito dos Comerciantes nascia das guildas, sem

⁶⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 12-3.

⁶¹ O termo "corporações" neste capítulo é empregado para designar as corporações de ofício da Idade Média. Mais à frente nesse trabalho, usaremos "corporações" para designar a forma empresarial existente na legislação estadunidense e equivalente às sociedades anônimas brasileiras.

⁶² REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 6-9.

⁶³ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 8.

⁶⁴ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial brasileiro**. V. 1. Campinas: Bookseller, 2000, p. 68.

⁶⁵ Requião classifica o Código Savary no período objetivista. Descordamos de tal classificação, pois apenas depois de outorgado o Código francês de 1807 é que entendemos inaugurada a fase objetiva do Direito Comercial, uma vez que é ele quem traz primeiramente a figura do ato de comércio. REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 9.

intervenção estatal, resultando de compilações dos usos e dos costumes locais. Daí serem chamadas de “codificações privadas” ou “pseudocodificações”, pois eram normas a serviço dos comerciantes e não representativas dos interesses de uma comunidade.

Supino afirma que o momento legislativo em que foram elaboradas as codificações das corporações de ofício na Europa coincidiu com a descoberta da América e do caminho às Índias pelo Cabo da Boa Esperança. Em tal período, as cidades italianas estavam em decadência, enquanto França, Espanha, Portugal, Holanda e Inglaterra lançavam-se aos mares, que se tornaram a principal rota de comércio. Daí a criação de um Direito Comercial especial para os mares⁶⁶.

Podemos apontar como principal mudança empreendida na fase subjetivista do Direito Comercial a postura em relação aos contratos e ao processo. Pois, se no Direito Romano predominavam a segurança e a estabilidade quanto aos contratos, sintetizadas no formalismo estrito, com a jurisdição das corporações ganha ressaltado destaque a liberdade de forma. Em relação aos processos, Borges relata que os cônsules dos tribunais corporativos administravam a justiça com agilidade e atentos à equidade e às particularidades de cada caso concreto. Contudo, ainda Borges, citando Vivante, nos adverte que a jurisdição dos tribunais das corporações eram por vezes confusas, já que tais órgãos agregavam tanto a função judicante, quanto a legislativa⁶⁷.

Nota histórica de se lembrar é que no Brasil Império houve dualidade de jurisdição, dado que havia os tribunais e juízos do comércio e os tribunais para as demais causas. Além disso, o famigerado Regulamento nº 737, que encerrava normas processuais para os tribunais do comércio, serviu como lei processual geral de diversos Estados da República, após passar por ligeiras adaptações, bem como a lei processual referente à Justiça Federal, Decreto nº 3.084 de 1898, que é considerada simples cópia do Regulamento nº 737⁶⁸. Vemos, destarte, que, em nosso País, a herança do período subjetivista foi forte o suficiente para que aqui se instalassem tribunais especiais para determinada classe e que o Direito dos Comerciantes serviu de base para a formulação de leis relativas a outros ramos

⁶⁶ SUPINO, David. *Diritto Commerciale*. 2. ed. Firenze: G. Barbera, 1890, p. 14-5.

⁶⁷ **Curso de Direito Comercial terrestre**. V.1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959, p. 41.

⁶⁸ BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. V.1. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p.60-1.

jurídicos, o que desvela o poder dos comerciantes em conseguir a elaboração de leis para si antes de leis para a população em geral.

O Direito Comercial surge como Direito dos Comerciantes, um direito eminentemente classista. Isso porque os interessados na disciplina da matéria, os próprios comerciantes, associaram-se em guildas e corporações de ofício, no intuito de elaborar as normas e aplicá-las na resolução de seus conflitos. Mais tarde, com a evolução tecnológica, abrange, também, as indústrias, sem, contudo, mudar de nome. Em relação à atividade agrícola⁶⁹, Ascarelli ensina que o Direito Comercial em toda sua história não abarcou tal empresa⁷⁰.

2.2.2 Teoria dos atos de comércio

A teoria dos atos de comércio emerge na França, após a proibição das corporações, alicerce do Direito dos Comerciantes. Em plena Revolução, os ideais de igualdade chegaram ao extremo de abolir associações de quaisquer tipos de profissionais diante o temor da volta das corporações⁷¹, de modo a estabelecer a liberdade de trabalho. Inicia, daí, a busca por um suporte teórico para as novas normas relativas ao comércio, normas cuja criação é ordenada pelo imperador dos franceses⁷².

Criado por uma comissão de sete comerciantes e outorgada às pressas logo em seguida à grave crise financeira de 1806, provém da Era Napoleônica o Código de 1807. O Código inova ao buscar sua base nos atos de comércio, uma vez que estava rompido o lastro das corporações que imprimiam no Direito Comercial o caráter de direito de classe. O conceito de ato de comércio distancia-se da figura do comerciante e serve como princípio norteador para a definição objetiva de Direito

⁶⁹ A agricultura tem características peculiares, tais como estar vinculada a um imóvel e às intempéries sazonais, que a deixaram à margem do que se encarava por comércio. Recentemente, entretanto, a atividade agrícola é encarada como comercial, tendo em vista a mecanização da lavoura e a produção em larga escala. O CC/02 faculta ao agricultor a inscrição como empresa mercantil.

⁷⁰ ASCARELLI, Túlio. **Panorama do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 16-20.

⁷¹ Nas corporações de ofício, em geral, a hierarquia era dividida entre os mestres, os jornaleiros e os aprendizes. Eles monopolizavam a tecnologia relativa a determinado ofício nos limites da corporação, geralmente coincidentes com os da cidade. Portanto, exerceria o trabalho abrangido por uma corporação apenas aquele admitido em certa corporação, ainda criança, na condição de aprendiz.

⁷² BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 50-1.

Comercial como aquele exercido profissionalmente por quem pratique, habitualmente, atos de comércio⁷³.

O Direito Comercial como disciplina dos atos de comércio inaugura a fase objetivista. À codificação então recém criada, estão sujeitos todos os cidadãos que pratiquem profissionalmente os atos de comércio e não mais apenas os mercadores, em obediência ao então cego princípio da igualdade por que prima a Revolução. Vem ao mundo jurídico a discussão, que perdurou por mais de um século, em torno do que seriam tais atos de comércio.

A volta às origens sempre ajuda a compreensão. No caso dos atos de comércio, o contexto histórico e a normatização anterior, as *ordonnances*, em muito nos auxiliam a perceber que, conforme a lição de Escarra, a que tivemos acesso através de Borges, os autores do Código de 1807 não se aperceberam das diferenças essenciais entre o sistema do Direito dos Comerciantes e aquele sistema, o dos atos de comércio, que, paradoxalmente, estavam por criar. Relembramos o contexto histórico já citado de crise econômica, revolução e pressa na outorga das regras.

Quanto à normatização anterior, a *Ordonnance* de 1673, notamos claramente que ela serviu de inspiração aos autores do Código de 1807. Esses, impressionados que estavam com ela, não reproduziram na então novel legislação a concepção puramente objetiva pretendida pela Revolução. Tanto é assim que, ao fundar o novo sistema comercial nos atos de comércio, não iniciaram o Código pela enumeração de tais atos, o que só foram fazer no livro final, relativo à jurisdição mercantil, tal qual fazia a *Ordonnance* de 1673.

Com essa enumeração, no entanto, os redatores da *Ordonnance* queriam apenas restringir a competência das jurisdições comerciais, mesmo entre comerciantes, ao que denominaram *faits de commerce*, não havendo os autores do Código de 1807 atinado, pois, com a profunda diferença entre as duas épocas e os dois sistemas, da Ordenança e do Código. E assim, conclui ESCARRA, da falsa interpretação de um precedente – a Ordenança de 1673 – resultou um vício de redação que levou os autores do Código à construção de um sistema de direito comercial impreciso, pois que, embora afirmando sua orientação para a concepção objetiva, não repudiou a concepção tradicional subjetiva.⁷⁴

⁷³ BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 50-1.

⁷⁴ BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 52.

A despeito de sua imprecisão sistemática, o Código francês influenciou todos os códigos mercantis, na América e na Europa do século XIX. A expressão ato de comércio, por sua vez, virou o pomo da discórdia, a ponto de sua conceituação doutrinária ser chamada de “problema insolúvel para a doutrina, martírio para o legislador, enigma para a jurisprudência”⁷⁵. Percorreremos algumas tentativas de conceituação empreendidas pelos legisladores e pelos doutrinadores, nesse trabalho de Sísifo.

Sztajn afirma que :

Ato de comércio tem, em linguagem técnica, significado determinado, não é negócio de intermediação, mas negócio econômico de produção ou intermediação entre produtores e consumidores, um conjunto de práticas submetidas, por lei, a regras especiais: intermediação, transformação de bens, atividade bancária e asseguradora. Portanto, uma classe de atos em que se reúnem os pontos marcantes, que caracterizam a comercialidade, sem que necessariamente devessem resultar da atividade profissional⁷⁶.

Coelho resume a teoria dos atos de comércio como relação de atividades econômicas, sem que haja entre elas algum elemento interno de ligação, levando a indefinições sobre a natureza mercantil⁷⁷. Assim colocada, a imprecisão científica relativa dos atos de comércio nos remete, inevitavelmente, à obra de Claus-Wilhelm Canaris, “Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito”, na qual o autor alemão disserta sobre o conceito de sistema jurídico, destacando serem suas característica a unidade e a adequação, ambas faltantes na determinação do que seja ato de comércio.

Rocco conclui que os “atos de comércio são aqueles que realizam ou facilitam uma interposição na troca”⁷⁸ ou são atos por natureza intrinsecamente comerciais, comerciais por natureza, enumerados no art. 3º do Código Civil italiano de 1882⁷⁹. Diz ainda que “é ato de comércio em *si mesmo* todo ato em que se efetua uma *troca indireta* ou, o que vem a dar no mesmo, todo ato de *interposição na troca*,

⁷⁵ MACHADO, Basílio *Apud* BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 50-1.159.

⁷⁶ BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 82.

⁷⁷ BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 15.

⁷⁸ **Principii di diritto commerciale**. Torino: Torinese, 1928, p. 218-22. *Apud* Coelho, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 15.

⁷⁹ BORGES, João Eunápio. , João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 163.

quaisquer que seja o objeto e a forma que esta [sic] se revista”⁸⁰. *Data venia*, o autor italiano tenta, mas não logra êxito em encontrar a essência do que seja ato de comércio.

Bollaffio, Rocco e Vivante, no *Código di commercio commentato*, iniciam o título II do primeiro volume dando o conceito científico de ato de comércio: “ato de comércio é cada ato ou fato de interposição econômica determinado pela especulação” (*atto di commercio è ogni atto o fatto di interposizione economica determinato dalla speculazione*)⁸¹. Todavia, mais à frente afirmam que o ato comercial por essência não existe em realidade (*l’atto per sua essenza commerciale, l’atto tipico di commercio, in realtà non esiste*)⁸².

O Código francês de 1807 assim arrola os atos de comércio⁸³:

Art. 632. A lei reputa atos de comércio:

1. Toda compra de gêneros e mercadorias para os revender, seja na mesma espécie, seja depois de beneficiados e manufaturados, ou mesmo para alugar simplesmente o seu uso.
2. Toda empresa de manufaturas, de comissão, de transporte por terra ou por mar.
3. Toda empresa de fornecimentos, de agência, de negócios, estabelecimentos de vendas em leilão, de espetáculos públicos.
4. Toda operação de câmbio, banco e corretagem.
5. Todas as operações de bancos públicos.
6. Todas as obrigações entre negociantes, mercadores e banqueiros.
7. Entre quaisquer pessoas, as letras de câmbio.

Também os códigos alemão de 1865 e italiano de 1882 enumeram o que a lei considera ato de comércio, sendo, portanto, objetivistas. E, de todos os códigos objetivistas, surge a questão se seria o rol neles contido exemplificativo, admitindo inclusão de outros atos assemelhados, ou se seria taxativo, devendo ser considerado ato de comércio estritamente aqueles ali inscritos. Os que consideram o rol taxativo, não têm preocupações com a busca de um critério definidor que permeie o que o legislador estabeleceu como ato de comércio, contrariamente

⁸⁰ **Princípios de Direito Comercial**. Trad. Moncada, s/l, s/e, s/d. p. 215. *Apud* BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 164.

⁸¹ BOLLAFFIO. ROCCO. VIVANTE. **Código di commercio commentato**. Torino: Editrice Torinese, 1935, p. 125.

⁸² BOLLAFFIO. ROCCO. VIVANTE. **Código di commercio commentato**. Torino: Editrice Torinese, 1935, p. 129.

⁸³ Afora aqueles arrolados no art. 633, do Código de 1807, relativos ao comércio marítimo.

àqueles que consideram o elenco trazido pela lei meramente exemplificativo. Ripert é crítico da artificialidade da teoria e da divisão dos atos de comércio⁸⁴.

O Código Comercial alemão de 1897 instala um novo sistema, com alguns pontos em comum com o brasileiro atual. Vejamos. Admite três espécies de comerciante: os comerciantes forçados (aqueles que exploram atividade enumerada como comercial no Código – sistema objetivo); os comerciantes por inscrição (aqueles que realizam atividades não comerciais, mas inscrevem-se sob determinada firma ou razão social, têm suas atividades reguladas pelo Direito Comercial – ficção jurídica criada em razão da forma); e os comerciantes facultativos ou por opção (agricultor, pecuarista e silvicultor – serão comerciantes caso se inscrevam como tal)⁸⁵.

No Código Comercial brasileiro de 1850, o legislador furtou-se de empregar a expressão “ato de comércio”, porque, na Europa, já estava instituída a celeuma doutrinária acerca do que seriam esses. Falou em “negócios mercantis” (art. 4º), “negócios de comércio” (art. 140 e 165), “matérias de comércio” (art. 913) e em “negócios ou coisas de comércio, objetos, atos ou obrigações comerciais” (art. 21 do Título Único)⁸⁶, mas não se valeu do termo atos de comércio. Tampouco o art. 19 do Regulamento nº 737 traz o rol do que seriam atos de comércio, mas das profissões mercantis.

Com base em nossa legislação de então, vejamos o que diz Borges serem atos de comércio no direito nacional:

[...] podemos perfeitamente chamar de atos de comércio *por natureza*, atos *intrinsecamente comerciais* ou atos de comércio *constitutivos*, aqueles atos que, profissionalmente praticados, constituem a base das diversas atividades organizadas que o art. 19 do regulamento nº 737 considera *mercancia*⁸⁷.

Carvalho de Mendonça assim define atos de comércio por natureza:

⁸⁴ RIPERT, Georges. **Traité élémentaire de droit commercial**. 12. ed. v.1. Paris: LGDJ, 1986, p. 203.

⁸⁵ ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **Teoria geral do Direito Comercial**. Introdução à teoria da empresa. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 52.

⁸⁶ BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 165.

⁸⁷ BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 172.

Atos de comércio por natureza são os negócios jurídicos referentes diretamente ao exercício normal da indústria mercantil, consistem propriamente na operação típica, fundamental (a compra e venda), ou naqueles outros atos que imprimem uma feição característica ao comércio [...]⁸⁸.

Não há, como se demonstrou, um conceito único de ato de comércio, porquanto esse é, em essência, aquilo que diz ser o legislador, sendo, assim, variável conforme a lei no tempo e no espaço. Não há unidade científica em torno do que seja ato de comércio, o que nos dá indícios da precariedade sobre a qual assentou-se a fase objetivista do Direito Comercial. Borges nos lembra que já se disse sobre os atos de comércio que o “legislador francês guardou como segredo do enigma o princípio da classificação dos atos” (Beslay) ou que os “atos de comércio são os que o código enumerou e somente porque os enumerou” (Navarrini)⁸⁹.

Diante da imprecisão sistemática na elaboração legal, a doutrina desdobra-se em outras classificações do ato de comércio, a fim de abarcar todas as atividades que deveriam estar sob a égide do Direito Comercial. Cria os atos de comércio próprios e impróprios e chega a apontar a imprecisão como inerente à teoria dos atos de comércio⁹⁰. Vejamos o que diz a respeito Leães:

A própria dicotomia, entre atos de comércio que são excluídos pelos comerciantes no exercício profissional de sua atividade (atos de comércio próprios) e atos que são mercantis independentemente de que sejam ou não comerciantes os seus autores (atos de comércio impróprios), [...] revela a insubsistência da doutrina face a [sic] uma problemática que a superava⁹¹.

Hentz lembra o raciocínio de Ascarelli de que o Direito Comercial formou-se através das situações históricas, “justificadas na liberdade de iniciativa, no controle rigoroso do intervencionismo estatal e na tentativa de limitação e socialização do direito de propriedade”⁹². As obrigações civis e comerciais aproximaram-se com a abolição da duplicidade de jurisdição, a unificação dos estatutos processuais e a

⁸⁸ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. Tratado de Direito Comercial. 7. ed. V. 1, Livro 1. Rio de Janeiro / São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1963, p. 451.

⁸⁹ BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 162.

⁹⁰ VIENTE Y GELLA, Agustín. **Introducción al derecho mercantil comparado**. 2. ed. Barcelona: Labor, 1934, p. 37-41. *Apud* COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 15.

⁹¹ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto**. 1984. Tese. P. 23. *Apud* SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa – Atividade empresarial e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 84.

⁹² HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito de empresa no Código Civil de 2002**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 47.

transformação dos tribunais de comércio em órgãos de registro e publicidade dos atos de comércio. Na França, denominou-se tal curso histórico de *civilisation du droit commercial*, mas, entre nós, é mais comum empregarmos expressão com sentido inverso para o mesmo fenômeno: comercialização do direito privado⁹³.

2.2.3 Teoria da empresa

O Código Civil italiano de 1942 unificou o Direito Privado e distribuiu a matéria de Direito Comercial entre o livro das obrigações e o livro do trabalho. Baseando-se em Ferrara Júnior, Borges leciona que a unificação realizada pelo Código de 1942 teve cunho político e ideológico, tendo sido os vocábulos “comércio” e “comerciante” banidos por identificarem-se com a economia capitalista, enquanto o “trabalho” alçou destaque por remeter à organização corporativa da nação⁹⁴. A legislação italiana disciplina a “empresa, sua organização, seus elementos, sua defesa, contratos que constituem o objeto da atividade produtora, títulos de crédito, contratos de trabalho etc.”⁹⁵.

Inicia-se, assim, a era do Direito de Empresa e o Código Civil italiano serve de referência aos que lhe sucedem, pois sugere a teoria jurídica da empresa em substituição à teoria dos atos de comércio. É bem verdade que a Suíça já havia unificado sua legislação privada desde 1881, com o código único das obrigações, mas a legislação desse País não lança bases para o futuro do Direito Comercial. “A teoria da empresa é, sem dúvida, um novo modelo de disciplina privada da economia, mais adequado à realidade do capitalismo superior”⁹⁶ ⁹⁷. O Direito Comercial “concentra-se na atividade, tendo como base a empresa (organização de fatores de produção para um escopo lucrativo)”⁹⁸.

⁹³ HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito de empresa no Código Civil de 2002**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 47-8.

⁹⁴ FERRARA JÚNIOR, Francesco. *Gli imprenditori e la società*. Nº 4. S/n.t. p. 5. *Apud* BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 89-90.

⁹⁵ BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 91-92.

⁹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 18.

⁹⁷ Tal identificação atual do Direito de Empresa com o capitalismo moderno representa uma ironia em face das razões pelas quais os autores do Código Civil italiano de 1942 escolheram a palavra “empresa”, que era justamente para desvincular do capitalismo e aproximar da ideologia fascista.

⁹⁸ ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **Teoria geral do Direito Comercial – Introdução à teoria da empresa**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 37.

A questão que agita o mundo jurídico a partir de então será a delimitação do conceito de empresa. Escarra, doutrinador que, embora francês, rejeitava o sistema objetivista, diz não saber que elementos podem caracterizar a empresa juridicamente⁹⁹. Entre nossos compatriotas, Borges registra que Valdemar Ferreira disse ser variável e incerto o conceito de empresa, enquanto Francisco Campos, incumbido de redigir nosso Código Comercial, igualmente não apreendeu qual seria o conceito jurídico de empresa¹⁰⁰.

Fran Martins é da opinião que não só a falta de um conceito jurídico de empresa atua contra a teoria da empresa. O fato de haver empresas, como a agrícola e atividades, como o artesanato, que não se encaixam no Direito Comercial, mas são empresas, mostram falhas da referida teoria. Refere-se o comercialista aos títulos de crédito, que são regulados pelo Direito Comercial, ainda que em nada se liguem a empresas. Ele sugere que, o mais adequado no atual momento, seria entendermos o Direito Comercial como Direito dos Comerciantes e Direito dos Atos de Comércio¹⁰¹.

Não concordamos com a posição de Fran Martins. Ainda que não se tenha alcançado um conceito jurídico de empresa que seja aceito unanimemente, ou, pelo menos por grande parte da doutrina, não há como negar o fenômeno da empresa e sua importância fundamental na visão do Direito Comercial hoje em dia. Lamy Filho traz um dado interessante que expressa a dimensão da empresa atualmente: “Em 1940, nos Estados Unidos, um em cada quatro trabalhadores desenvolvia sua atividade econômica autonomamente, sem vinculação com a empresa; hoje, mais de 93% da força de trabalho americana recebe remuneração ou salário, isto é, trabalha para uma empresa”¹⁰². E, mais à frente, ao discorrer sobre desenvolvimento tecnológico, produção em massa e consumo em massa, megalópolis, concentração de capital, indústrias modernas, competição em pesquisas, exigências sociais, meios de comunicação, ideal de desenvolvimento como prioridade básica dos povos

⁹⁹ ESCARRA, Jean. *Manuel de Droit Commercial*. Paris: Libr. du Recueil Sirey, 1947. *Apud* Borges, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. Rio de Janeiro: Forense 1959, p. 103-4.

¹⁰⁰ BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 104.

¹⁰¹ **Curso de Direito Comercial**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 20-1.

¹⁰² LAMY FILHO, Alfredo. A empresa – Formação e evolução – Responsabilidade social. In: SANTOS, Theophilo de Azeredo (Coord.). **Novos estudos de direito comercial em homenagem a Celso Barbi Filho**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 1-2.

e internacionalização da economia, afirma: “[...] tudo concorre para colocar a empresa como centro do questionamento básico da sociedade moderna”¹⁰³.

Tanto é importante a empresa na contemporaneidade que o comercialista português Ascensão afirma: “Como a figura da empresa já é hoje nuclear, há que procurar desde logo fixar minimamente seus contornos”¹⁰⁴. Lembramos, no entanto, que o Código Comercial português sequer fala em empresa, pois adota, expressamente, o sistema dos atos de comércio, definidos em seu artigo 1º.

Colombo Arnoldi entende que a empresa se enquadra para o direito numa visão tripartite¹⁰⁵. Realça as figuras do empresário, da atividade econômica organizada e do estabelecimento, restando este no centro e sendo englobado, sucessivamente, pela empresa e, em seguida, pelo empresário. Mesma visão compartilha Waldemar Ferreira.

Asquini, considerado por muitos como idealizador do Direito de Empresa, não tenta apreender o fenômeno “empresa” de forma direta, mas, antes, a vê sob quatro ópticas relevantes juridicamente (perfis subjetivo, funcional, objetivo e corporativo). Entende que a empresa adentrou no mundo jurídico, através do Código Civil italiano de 1942, com uma roupagem econômica, e que, por isso, não poderia tal conceito ser utilizado, diretamente, pelos juristas¹⁰⁶.

Em interpretação ao art. 969 do Código Civil de 2002, Farah assevera que a opção do legislador brasileiro quanto ao perfil da empresa foi a face funcional da empresa. E justifica: “No que se refere ao perfil de empresa adotado pelo projeto [na época ainda não havia sido promulgado o CC 2002], depreende-se que foi o *funcional*, porque no texto legal o legislador busca prescrever a propriedade – como também o próprio conceito de estabelecimento -, pelo prisma e forma da própria empresa como atividade empresarial”¹⁰⁷.

Ascarelli, por sua vez, reflete acerca de duas facetas da empresa ao defini-la. Leva em consideração a atividade, cujo exercício profissional qualifica o

¹⁰³ SANTOS, Theophilo de Azeredo (Coord.). **Novos estudos de direito comercial em homenagem a Celso Barbi Filho**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 11.

¹⁰⁴ **Direito Comercial**. V. 1. Lisboa: F.D.L., 1998/9, p. 137.

¹⁰⁵ ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **Teoria geral do direito comercial**. Introdução à teoria da empresa. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 159.

¹⁰⁶ ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad. Fábio Konder Comparato. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v.35, n. 104, p. 109-26. out/dez, 1996, p. 110. *Apud* HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito de empresa no código civil de 2002**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 15.

¹⁰⁷ A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **Reconstrução do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 684.

empresário, e o estabelecimento, conjunto de bens referidos ao desenvolvimento das atividades. “Empresa, assim, diz ele, é a atividade exercida profissionalmente na *azienda*¹⁰⁸, amparando os estudos, antes já aprofundados, acerca da teoria do estabelecimento”¹⁰⁹.

O Código Civil italiano de 1942 não define empresa, mas, sim, empresário: “Art. 2.082. Empresário. É empresário quem exercita profissionalmente uma atividade econômica organizada, almejando a produção de comércio de bens ou de serviços”¹¹⁰.

Rubens Requião entende que o Direito Comercial como Direito das Empresas retoma as ideias de comerciante e de ato de comércio, sendo que esses dois elementos só adquirem importância quando referidos à exploração de uma empresa.¹¹¹

Vejamos como conceitua juridicamente a empresa Rachel Sztajn:

Empresa é a atividade¹¹² econômica para a produção ou circulação de bens ou serviços. Sendo uma atividade, a empresa não tem a natureza jurídica de sujeito de direito nem de coisa. Em outros termos, não se confunde com o empresário (sujeito) nem com o estabelecimento comercial (coisa).^{113 114}

Como anteriormente dito, Sztajn introduz sua obra “Teoria jurídica da empresa – Atividade empresária e mercados” deixando clara sua visão de empresa como, primordialmente, estrutura econômica ou fenômeno econômico por excelência.¹¹⁵ Investiga os conceitos propostos pelo economista britânico Ronald

¹⁰⁸ Negócio, empresa, firma.

¹⁰⁹ ASCARELLI, Tullio. *Iniciación al estudio del derecho mercantil*. Trad. Evelio Verderra y Tuells. Barcelona: Bosch, 1962, p. 363-75. *Apud* HENTZ, Luiz Antônio Soares. **Direito de empresa no código civil de 2002**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 16.

¹¹⁰ Tradução nossa. No original: *Codice Civile, art. 2082. Imprenditore. È imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi*.

¹¹¹ SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa – Atividade empresarial e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 11.

¹¹² São muitos os doutrinadores pátrios que definem empresa a partir de atividade – entre eles SELEME, Sérgio. Contrato e empresa: notas mínimas a partir da obra de Enzo Roppo. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro / São Paulo: Renovar, 2000, p. 269.

¹¹³ SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa – Atividade empresarial e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 148.

¹¹⁴ Salomão Filho também define empresa como feixe de contratos (*nexus os contractus*). **O Novo Direito Societário**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.40-2. Albergaria Neto chama de feixe de contratos a sociedade - “A dissolução da sociedade limitada no Novo Código Civil”. In: BERALDO, Leonardo de Faria (Org.). **Direito societário na atualidade – Aspectos Polêmicos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.233.

¹¹⁵ Ripert e Pont também valem-se da noção de mercado na definição de empresa.

Harry Coase em sua análise econômica, confrontando com a doutrina de Asquini, tido como formatador da teoria jurídica da empresa.

Sztajn afirma que Coase concebe empresa como “um feixe de relações jurídicas, um feixe de contratos que, percebe-se, organizam a atividade”.¹¹⁶ Em seu artigo “*The nature of the firm*”,¹¹⁷ ¹¹⁸ Coase coloca-se a seguinte questão: o conceito de firma com que tem trabalhado existe no mundo real? Para responder a tal indagação, leva em consideração a relação legal (jurídica) havida entre empregado e empregador¹¹⁹ e conclui que a definição de firma de que se vale aproxima-se daquela constatada no mundo real.¹²⁰

Corrêa-Lima diz que: “A lei é uma realidade dada. O Direito, uma realidade procurada com empenho”.¹²¹ A lei, como realidade dada, construída que é, tenta forjar normas para a comunidade que a cria; a economia procura entender os mecanismos de preço e os fenômenos mercadológicos. Coase, economista da escola de Chicago, contenta-se com o conceito de firma¹²² com o qual trabalha e entende que ele é realista, visto que se aproxima do conceito legal (jurídico); Sztajn, professora associada da USP, volta a Coase e define empresa como fenômeno econômico por essência.

Parece-nos que se estabeleceu aí um círculo vicioso, em que partida e conclusão são demonstrados um pelo outro, carecendo de evidências próprias: o econômico busca no Direito o contato com a realidade, mas a lei é uma realidade criada; o jurídico embasa-se no conceito econômico, mas este embasou-se primeiramente no jurídico. Como afirmou o professor Corrêa-Lima, devemos

¹¹⁶ SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa** – Atividade empresarial e mercados. São Paulo: Atlas, 2004, p. 172.

¹¹⁷ 1937. Disponível em: <http://www.cerna.ensmp.fr/Enseignement/CourseEcolIndus/SupportsdeCours/COASE.pdf>. Acesso em 26 jun. 2008. p. 13-4.

¹¹⁸ No referido artigo, Coase introduz os conceitos de custos de transação e tamanho das firmas.

¹¹⁹ “*Only one task now remains; and that is, to see whether the concept of a firm which has been developed fits in with that existing in the real world. We can best approach the question of what constitutes a firm in practice by considering the legal relationship normally called that of ‘master and servant’ or ‘employer and employee’.*” COASE, Ronald. *The nature of the firm*. 1937. Disponível em:

<http://www.cerna.ensmp.fr/Enseignement/CoursEcolIndus/SupportsdeCours/COASE.pdf>. Acesso em 26 jun. 2008. p. p. 13

¹²⁰ “*We can therefore conclude that the definition we have given is one which approximates closely to the firm as it is considered in the real world. Our definition is, therefore, realistic.*” COASE, Ronald. *The nature of the firm*. 1937. Disponível em:

<http://www.cerna.ensmp.fr/Enseignement/CoursEcolIndus/SupportsdeCours/COASE.pdf>. Acesso em 26 jun. 2008, p. 14.

¹²¹ “Unificação do Direito Privado e Direito Empresarial”. In: BERALDO, Leonardo de Faria (Org.). **Direito Societário na Atualidade** – Aspectos Polêmicos. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 7.

¹²² Firma e empresa são tratados como sinônimos.

continuar procurando, com o empenho, o Direito. Estamos a assistir ao crescer do Direito, ao Direito como processo, enquanto os doutrinadores buscam os limites do novo cerne do Direito Comercial¹²³: a empresa.

Orlando de Carvalho reflete sobre a “poliedria” referente à teoria de Asquini e assevera que a compreensão de empresa passa mais por noções do mundo além do Direito do que de conceitos jurídicos estritos: “mesmo quando generosa, a ideia ampla de empresa é sempre mais metajurídica do que jurídica e tem sempre mais relevo programático do que sistemático”.¹²⁴

Ainda em 1946, escrevendo sobre o Direito Comercial belga, que se baseava nos atos de comércio, Fredericq afirma que a procura por um critério comum de ato de comércio era objetivo inalcançado pelos juristas. Recorre aos ensinamentos de Escarra, para quem a procura de um critério comum fracassou porque se tentou explicar o conceito jurídico de ato de comércio com a ajuda de um critério econômico, sendo que na evolução do Direito Comercial, jamais o conceito econômico de comércio coincidiu com seu conceito jurídico. Segundo Escarra, a noção comum entre os dois ramos do conhecimento é a empresa.¹²⁵ Atualmente, com a teoria da empresa sendo objeto de discussão entre os comercialistas, retomase a ligação entre os conceitos jurídico e econômico através da empresa e dos mercados (Sztajn).

Farah lembra-nos dos questionamentos de Jean Pailusseau: “nada mais desconcertante do que falar em empresa!” e “que é empresa?”.¹²⁶ Mas não é só a definição conceitual de empresa que se mostra árida. Wieacker nos lembra que a criação da pessoa jurídica (*persona moralis*) constitui “um monumento do trabalho

¹²³ Tratamos Direito Comercial e Direito de Empresa como denominações comuns ao mesmo ramo do Direito. Não fazemos a distinção apontada por Sztajn entre Direito Comercial e Direito de Empresa (SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa** – Atividade empresarial e mercados. São Paulo: Atlas, 2004, p. 115-6).

¹²⁴ Direito das empresas. Coimbra: s/ed., 1977, s/p. *Apud* FARAH, Eduardo Teixeira. A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 671.

¹²⁵ FREDERICQ, Louis. **Traité de Droit Commercial belge**. V. 1. Gand: Rombaut-Fecheyr, 1946, p. 54. Tradução nossa. No original: “*Pour Escarra, la recherché d’un critère commun a échoué parce que l’on a surtout essayé d’expliquer le concept juridique de l’acte de comence à l’aide d’un critérium économique, alors que dans l’évolution du droit commercial, jamais le concept juridique de l’acte de commerce n’a coincide avec son concept juridique. Selon cet auteur, la notion commune est l’entreprise [...]*”.

¹²⁶ *L’entreprise: nouveaux apports*. S/l, s/e, 1987, p. 11. *Apud* FARAH, Eduardo Teixeira. A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 664.

sistemático e conceitual moderno”.¹²⁷ Clóvis Bevilacqua igualmente aponta para a dificuldade de conceituar pessoa jurídica, uma vez que a natureza desses entes jurídicos não se identifica com a natureza humana.

Coelho define empresa nos seguintes termos:

O feixe de contratos é o núcleo da empresa à medida que reúne e organiza os fatores de produção, harmoniza interesses múltiplos e não homogêneos como o de empregados e empregadores, fornecedores e consumidores. Por isso a sociedade valoriza a empresa como estrutura que produz utilidades para oferecê-las de forma maciça, continuamente e de forma estável em mercados, satisfazendo, dessa forma, às necessidades das pessoas¹²⁸.

Em seu conceito de empresa, Coelho ressalta que essa não é nem sujeito nem objeto de direito. Sztajn concorda quando conclui que “empresa não é objeto de direito; também não é pessoa, mas é produtora de utilidades”.¹²⁹ Logo, empresa é algo que se exerce como atividade, mas não se classifica como sujeito, tampouco como objeto. Sujeito seria o empresário, objeto o estabelecimento e empresa o exercício que o empresário faz do estabelecimento.

Apesar de defendida por doutrinadores de destaque, tal posição não é uníssona. Fran Martins entende a empresa como objeto de direito e empresário como sujeito.¹³⁰ Albergaria Neto, no mesmo sentido, afirma que “A empresa permanece como objeto do direito, não se confundindo com o sujeito de direito, no ordenamento jurídico brasileiro: uma entidade econômica ligada à atividade-fim que possui um movimento organizado de capital e trabalho para produção ou circulação de bens e serviços”.¹³¹

Tal divergência é dividida pela doutrina comercialista europeia em duas teorias: a teses materialistas e as personalistas. Aqueles que se filiam à corrente materialista partem da perspectiva jurídica de empresa, a definem como conjunto de bens destinados à produção, o que leva ao entendimento de que a empresa é apenas objeto de direito. Já os personalistas compreendem a empresa através da óptica sociológica com os efeitos jurídicos atinentes. A empresa é, para esses,

¹²⁷ WIEACKER, Frans. **História do Direito Privado moderno**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004, p. 271.

¹²⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 19.

¹²⁹ SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa** – Atividade empresarial e mercados. São Paulo: Atlas, 2004, p. 162.

¹³⁰ MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 11.

¹³¹ A dissolução da sociedade limitada no Novo Código Civil. In: BERALDO, Leonardo de Fari (Org.). **Direito societário na atualidade** – Aspectos Polêmicos. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 240.

sujeito de direitos, titular de direitos e obrigações, dotada de patrimônio e autonomia jurídica em relação a seus membros.¹³²

Mas em um ponto convergem esses e outros comercialistas. O interesse da empresa não é mais identificado com o interesse dos sócios (contratualismo), tampouco com a autopreservação (institucionalismo), mas com a forma mais eficiente de organização, uma vez que a sociedade deve cumprir sua função social.¹³³ Ao cumprir uma função social, a empresa não fica adstrita à vontade de um dos sócios, como no Código Comercial brasileiro de 1850, já que, aos demais sócios, à comunidade em que se insere a empresa e à economia, interessa muito mais a sua preservação.¹³⁴

Ora, decisões tão abrangentes (na pequena, média ou grande empresa, nesta especialmente), de que dependem a vida e a realização de tantas pessoas e o desenvolvimento econômico em geral, são tomadas pelos administradores da empresa – que exercem, assim um poder da mais relevante expressão, não só na vida econômica como política e social, e o das mais fundas consequências na vida moderna.¹³⁵

Seja compreendendo a empresa pelo prisma interdisciplinar da economia e do direito, como faz Sztajn, seja entendendo a empresa como objeto (Albergaria Neto e Fran Martins) ou como atividade (Sztajn e Coelho), o que não se perde de vista, a despeito dos embates científicos, é o lugar central da empresa na comunidade. Coelho chama de “tendência atual” do Direito Comercial a busca pela preservação da empresa no que tange aos sócios;^{136 137} mas preferimos entender a preservação da empresa como princípio guia da teoria da empresa.

¹³² FARAH, Eduardo Teixeira. A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 668.

¹³³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.40-2. Albergaria Neto chama de feixe de contratos a sociedade - “A dissolução da sociedade limitada no Novo Código Civil”. In:BERALDO, Leonardo de Faria (Org.). **Direito Societário na Atualidade – Aspectos Polêmicos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 40-2.

¹³⁴ ALBERGARIA NETO, Jason. In: BERALDO, Leonardo de Faria (Org.). **Direito societário na Atualidade – Aspectos Polêmicos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 239.

¹³⁵ A empresa – Formação e evolução – Responsabilidade social. In SANTOS, Theophilo de Azeredo (Coord.). **Novos estudos de Direito Comercial em homenagem a Celso Barbi Filho**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 15.

¹³⁶ **Manual de Direito Comercial – Direito de Empresa**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 170.

¹³⁷ Em seu **curso de direito comercial** (V.1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 27), todavia, Coelho trata o princípio da preservação da empresa como figura de crescente importância e entre os fundamentos do atual Direito Comercial.

2.3 Função social da empresa

A função social ganhou destaque com a Constituição da República Federativa de 1988 (CRFB), que trouxe expressamente para o mundo jurídico nacional vários direitos extrapatrimoniais fundados na dignidade da pessoa humana. O primeiro diploma pátrio a iniciar a discussão sobre a função social foi a Lei 4.132/62, que dispunha acerca do interesse social no que se referia à desapropriação; foi seguida pela Emenda Constitucional nº. 10/64, à Constituição de 1946¹³⁸ e pelo Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64)¹³⁹. O Código Civil de 2002 traz expressamente a função social, relativamente aos contratos (art. 421), e muitos falam na função social da família trazida pela nova ordem constitucional de 1988, que resgata a dignidade da pessoa humana conferindo mesmo tratamento aos filhos e reconhecendo a união estável. Muito embora o conceito de função social tenha sido desenvolvido na Europa Ocidental no séc. XIX, o ordenamento pátrio é o único que a consagra expressamente¹⁴⁰. Temos, assim, função social da propriedade¹⁴¹, da família e dos contratos.

Passemos ao conceito de função social. Poderíamos definir função social como a prevalência do interesse público sobre o privado ou maior relevo ao coletivo que ao meramente individual, visando à inclusão social a fim de cumprir os objetivos da República brasileira de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades regionais e sociais. Os institutos jurídicos vistos pela perspectiva da função social são finalisticamente orientados à humanização das relações civis e à implementação da fraternidade e da solidariedade sociais de forma mais

¹³⁸ art. 141, § 16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.

¹³⁹ Artigo 2º: “é assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social”.

Artigo 12: “à propriedade privada da terra cabe intrinsecamente uma função social e seu uso é condicionado ao bem-estar coletivo”.

¹⁴⁰ RENTERÍA, RENTERÍA, Pablo. “Considerações acerca do Atual Debate sobre o Princípio da Função Social do Contrato”. In MORAES, Maria Cecília Bodin de (coord.). **Princípios do Direito Civil contemporâneo**. Rio de Janeiro / São Paulo / Recife: Renovar, 2006, p. 285.

¹⁴¹ Lembrar que a função social da propriedade não se confunde com as restrições ao exercício da propriedade, tais como os direitos reais que recaem sobre a coisa, os direitos de vizinhança e o poder de polícia.

ostensiva¹⁴². Para Comparato, função social é um poder-dever do proprietário de dar ao objeto de propriedade certo destino, vinculá-lo a algum objetivo de interesse coletivo¹⁴³.

A função social, como poder-dever, traz ao direito privado, algo típico do direito público: o condicionamento do poder a uma finalidade. “Uma *função social* é a contribuição que um fenômeno provê a um sistema maior do que aquele do qual o fenômeno faz parte”¹⁴⁴. Faz parte do Direito Civil-Constitucional, cujo conceito podemos perceber nas palavras de Gustavo Tepedino:

O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição de direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matéria típicas do direito privado passam a integrar uma nova ordem pública constitucional. Por outro lado, o próprio direito civil, através da legislação extracodificada, desloca sua preocupação central, que já não se volta tanto para o indivíduo, senão para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos decorrentes¹⁴⁵.

É nesse contexto de atribuição de função social a institutos de Direito Privado¹⁴⁶ que a empresa passa a ser compreendida também por esse aspecto. Poderíamos estranhar o fato de atribuição de interesses sociais à empresa, pois muitos afirmaram que o interesse da empresa era gerar lucro e nada mais¹⁴⁷. Contudo, não há como nos desvencilharmos das atuais exigências sociais e jurídicas de atuação moral, de maior ênfase na coletividade, e a empresa ganha, assim, mais um dever, baseado não em seus interesses imediatos, mas na

¹⁴² TALAVERA, Glauber Moreno. Função social do contrato no novo Código Civil. In: **Revista CEJ**. n. 19. Brasília: out./dez. 2002, p. 94-6.

¹⁴³ COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. S.n.t. p. 75. *Apud* PESSOA, Maiana Alves. **Função social da empresa como princípio do Direito Civil-Constitucional**. Disponível em: http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B87EEC8FE-FD48-47DE-BC41-8A0CBAEA9903%7D_funcao-social-empresa-maiana-alves.pdf Acesso em: 27 de julho de 2008.

¹⁴⁴ HOULT, Thomas Ford. **Dicionário de Sociologia Moderna**. Littlefield: 1969, p. 139.

¹⁴⁵ **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 7.

¹⁴⁶ Luis Edson Fachin chama tal mudança de paradigma do Direito Privado de “repersonalização” e “despatrimonialização”.

¹⁴⁷ “Há quem argumente que a *função social da empresa é gerar lucros*. No entanto esta concepção de “lucro” deve estar inseta numa concepção de hierarquia de valores. Obviamente gerar lucros é o objetivo central da autonomia empresarial, mas esta deve atender aos ditames da função social da propriedade e, principalmente, em relação à propriedade dos bens de produção”. FARAH, Eduardo Teixeira. A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 685.

solidariedade social. É o que Fachin chama de *virada de Copérnico*¹⁴⁸, com nova centralização do Direito Privado na pessoa e menos no patrimônio¹⁴⁹.

O legado do socialismo de Marx reflete-se na social-democracia em que vivemos e na busca pela realização de interesses coletivos¹⁵⁰. A opção pelo social feita pela Constituição de 1988 insere-se na tendência jurídica mundial, como fator fundamental à realização dos valores básicos das pessoas em detrimento do patrimonialismo e institutos antes exercidos ilimitadamente, hoje, sofrem restrições em benefício da comunidade. Cai o padrão retributivo *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu) e emerge a máxima da justiça distributiva¹⁵¹.

A empresa, assim como a propriedade e os contratos, é compreendida sob a óptica de seu exercício em conformidade com a prosperidade da comunidade em que se insere, e não só conforme seu objetivo imediato de gerar lucros. Assim dispõem nossa Carta Magna e as leis civis, codificadas ou esparsas. “A bem da verdade, as leis trazem em si conceitos estreitamente ligados às noções de moral, ética, boa fé, honestidade, lealdade, confiança, razão pela qual é imprescindível a contínua interpretação e interação desses conceitos como fez a sistemática do Novo Código”¹⁵².

Ainda na época de discussão do projeto do Código Civil promulgado em 2002, Waldírio Bulgarelli formulou crítica a respeito da função social da empresa. A seu ver, a exposição de motivos orientava a disciplina da empresa conforme a solidariedade social, entretanto os dispositivos do Código subtraíam-se em fazer referência à função social do empresário ou da empresa¹⁵³. Farah contra-argumenta

¹⁴⁸ O “*aggiornamento*” do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. São Paulo/Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 116.

¹⁴⁹ Roberto afirma em relação ao Código Civil de 1916: “A postura abstencionista de nossa primeira codificação, como de resto, de todas as codificações clássicas, pode ser explicada pelo fato de estarem inseridas no contexto do Estado Liberal”. **Introdução à história do Direito Privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 97.

¹⁵⁰ “O coletivismo tornou-se um dos traços mais destacados a distinguir a social-democracia do conservadorismo, que ideologicamente enfatiza muito mais ‘o individual’”. GUIDDENS, Anthony. **A terceira via**. 5. ed. Rio de Janeiro / São Paulo: Editora Record, 2005, p. 44.

¹⁵¹ “Nenhum governo é legítimo que não demonstre igualdade de consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais pleiteia domínio e dos quais demanda fidelidade. A igualdade de consideração é a virtude soberana das comunidades políticas — sem ela o governo não passa de tirania [...]”. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Londres: Duckworth, 1977, p. IX.

¹⁵² VALLE, Thelma Utsch Oliveira. **A Função social tendo em vista a empresa, o contrato e suas implicações sociais**. Disponível em:

direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/alunos/11_11.doc Acesso em: 27 de julho de 2008.

¹⁵³ Teoria jurídica da empresa: análise crítica da empresarialidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985, p. 333. *Apud* FARAH, Eduardo Teixeira. A disciplina da empresa e o princípio da

no sentido de que, embora sem referência expressa, o mundo jurídico seta apto a absorver “os elementos constitucionais informadores da *racionalidade econômica*, que deverão estar presentes na condução do planejamento estatal, como também das empresas privadas em geral”¹⁵⁴.

2.3.1 Fundamentos legais

Há quem entenda a função social da empresa como princípio constitucional implícito. Poderia ser extraído da função social da propriedade, uma vez que a empresa, considerada sob o aspecto objetivo (empresa como estabelecimento; universalidade dos bens) na teoria poliédrica de Asquini¹⁵⁵, não deixa de ser propriedade em sentido *lato*¹⁵⁶, sendo, portanto, limitação ao direito de livre exercício das atividades econômicas. Caso compreendamos empresa como, essencialmente, feixe de contratos¹⁵⁷, sua função social adviria do Código Civil, art. 421, porquanto há previsão de que os contratos devem atender a sua função social.

O fundamento legal que atraiu a atenção dos juristas para a função social da empresa foi a nova Lei de Falências e Recuperação Judicial (Lei nº 11.101/05). Este diploma legal fala expressamente em função social da empresa, em seu art. 47¹⁵⁸, juntamente com o princípio da preservação da empresa. Apesar de ter se tornado objeto de maior realce com a promulgação da nova Lei de Falências, ainda antes da Constituição de 1988, a função social da empresa estava presente na legislação

solidariedade social. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 685.

¹⁵⁴ Teoria jurídica da empresa: análise crítica da empresarialidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985, p. 333. *Apud* FARAH, Eduardo Teixeira. A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social. In MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do Direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 685.

¹⁵⁵ SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa** – Atividade empresarial e mercados. São Paulo: Atlas, 2004, p. 200-1.

¹⁵⁶ Pontes de Miranda entende propriedade como toda patrimonialidade.

¹⁵⁷ Salomão Filho define empresa como feixe de contratos (*nexus os contractus*). **O Novo direito societário**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 40-2. Albergaria Neto chama de feixe de contratos a sociedade - “A dissolução da sociedade limitada no Novo Código Civil”. In: BERALDO, Leonardo de Faria (Org.). **Direito societário na atualidade** – Aspectos Polêmicos. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.233.

¹⁵⁸ Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

brasileira. Passou a constar expressamente em nosso ordenamento em 1976, com a Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404), estando expresso em seu artigo 154¹⁵⁹.

Farah tangencia o que seria a função social da empresa:

Desta plêiade de princípios e regras infere-se que a disciplina da empresa deve estar pautada pela valorização do trabalho humano no desenvolvimento da livre iniciativa, todavia a diretriz da solidariedade social obriga, ainda, a subordinar o ambiente econômico à ordem econômica social¹⁶⁰.

2.3.2 Solidariedade e função social da empresa

A função social firma-se na solidariedade social e na eticidade. Leon Duguit, tendo por base a sociologia de Durkheim, fundamentou a norma jurídica como finalisticamente dirigida à solidariedade social, valor supremo das ações humanas e do Direito. Não bastava mais ter, ser proprietário; conforme o novo pensamento jurídico de então, era necessário que esse direito se mostrasse socialmente útil¹⁶¹. “A liberdade de iniciativa impulsiona a atividade econômica e determina as relações de mercado, porém a autonomia da empresa deve atender aos princípios da ordem econômica constitucional”¹⁶², entre eles a dignidade da pessoa humana.

Duguit dividiu a solidariedade em mecânica e orgânica. A solidariedade mecânica é aquela que se estabelece quando duas ou mais pessoas, visando a um mesmo fim, praticam os mesmos atos no sentido de alcançarem-no; a orgânica é a que se constata na situação em que os indivíduos almejam certa meta e, para tanto, realizam atos distintos no intuito de atingi-la. As diversas condutas individuais, reunidas no sentido de agirem em prol de dado objetivo comum, tornam a sociedade mais equilibrada e harmônica¹⁶³.

¹⁵⁹ Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

¹⁶⁰ A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social. In MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do Direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 677.

¹⁶¹ GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea – Função social do contrato de boa-fé**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 78.

¹⁶² FARAH, Eduardo Teixeira. A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **Reconstrução do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 674.

¹⁶³ A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 79.

Tanto mais avançada será a sociedade quanto mais otimizada a relação de discriminação das atividades, tendo sempre como referência a interdependência entre a solidariedade mecânica e a orgânica. Ao desenvolver atividades distintas os cidadãos podem, reciprocamente, desfrutar de um sistema calcado na troca e circulação de bens. Por isso a atividade desenvolvida individualmente deve buscar harmonia com as atividades desempenhadas pelos demais membros que compõem a sociedade¹⁶⁴.

Orlando Gomes e Eros Grau¹⁶⁵ entendem que a função social só recai sobre a propriedade no sentido estrito de bens produtivos que visam à satisfação de ensejos econômicos. Gomes chama de apedeutas aqueles que inserem os bens de uso na esfera da função social, enquanto Grau fundamenta que somente nos bens produtivos é que haveria o conflito presente no binômio propriedade-empresa.

Embora para o caso da função social da empresa, que aqui discutimos, não seja de primeira relevância tais críticas, uma vez que a empresa certamente estaria abarcada nas visões estreitas de função social dos supra citados autores, discordamos dos eminentes juristas. Isso porque a Constituição não faz ressalva em relação à espécie de propriedade que se cingiria à função social; ademais, esgotado está o tempo em que a propriedade era encarada como de livre fruição¹⁶⁶. Vejamos a crítica de Pietro Perlingiere a tal entendimento limitado da função social:

[...] a afirmação pela qual somente os bens produtivos têm uma função social é desmentida pela própria letra da disposição constitucional [em referência à Constituição italiana] que não prevê exceções à regra da função social da propriedade privada. [...] A afirmação generalizada de que a propriedade privada tem função social não consente discriminações e obriga o intérprete a individualizá-las em relação à ordem particular de interesses juridicamente relevantes¹⁶⁷.

¹⁶⁴ A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 79.

¹⁶⁵ GRAU, Eros Roberto. Função Social da Propriedade (Direito Econômico). *Apud* GONDINHO, André Osorio. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2000, p.426.

¹⁶⁶ Na mesma trilha da função social encarada de forma ampla, vem a teoria do patrimônio mínimo de Fachin. “A garantia de um patrimônio mínimo conecta-se com a superação formal dos sujeitos. Funda-se na dignidade humana para apreendê-la, concretamente, na realização de necessidades fundamentais”. A noção de patrimônio mínimo apresentada não se funda apenas no bem imóvel, mas pode abarcar elementos patrimoniais de diversa natureza, todos eles garantindo a vida digna. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2001, p. 20-1.

¹⁶⁷ PERLINGIERE, Pierre. Perfis de Direito Civil: Introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. *Apud* GONDINHO, André Osorio. Função social da propriedade. In TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2000, p. 428.

Não há que se limitar a abrangência da função social, porque esta foi escolha intencional dos Estados modernos. Predomínio do social como elemento de fundo nos Estados modernos foi: “opção pelos pobres’ que serviu de bandeira para a ruptura com o militarismo, inseriu-se nessa filosofia, que substituiu o ‘Estado individual’ pelo ‘social’, destinado à obtenção de justiça social”¹⁶⁸. O Estado abandona o neutralismo do “Estado de Direito” pela noção de “Estado de Justiça”: do abstracionismo da ordem formal para o concretismo do sistema jurídico que tem o homem como valor maior do Estado¹⁶⁹. É a escolha pelo Direito como objeto de justiça entre os homens¹⁷⁰.

Rentería assim descreve a sequência da funcionalização dos institutos de Direito Privado: superação da visão individualista racional; direitos subjetivos têm origem social e recebem aprovação social em razão das finalidades sociais úteis que realizam; institutos jurídicos como instrumentos para a consecução de finalidades úteis e justas. O comportamento do indivíduo, que se justificava em sua própria vontade, agora toma por base considerações objetivas, compartilhadas pelo grupo e inscritas na ordem jurídica, o que permite controle social dos atos de autonomia¹⁷¹.

A função social do direito atua como esteio da manutenção estrutura social na social-democracia. Assim como a propriedade, a empresa não se presta mais aos interesses individuais, mas à função social que visa o bem-estar coletivo. A nova ordem jurídica impõe à empresa um fazer dirigido a realizar a solidariedade social, ao mesmo tempo em que lhe veda um não-fazer que atente contra a solidariedade¹⁷², de modo que a solidariedade social deve ser encarada como dever imposto e não mera faculdade. Kataoka afirma que o projeto social, em todo o mundo, está a mudar e a consagrar a dignidade humana em seu centro, o que se reflete no Direito¹⁷³.

¹⁶⁸ BITTAR, Carlos Alberto. BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito Civil constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 19.

¹⁶⁹ BITTAR, Carlos Alberto. BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito Civil constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 10-20.

¹⁷⁰ BITTAR, Carlos Alberto. BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito Civil constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 31.

¹⁷¹ “Considerações acerca do Atual Debate sobre o Princípio da Função Social do Contrato”. In: MORAES, Maria Cecília Bodin de (coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro / São Paulo / Recife: Renovar, 2006, p. 292-5.

¹⁷² DUGUIT, Leon. *Las transformaciones de derecho (público y privado) Apud* GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea – Função social do contrato de boa-fé**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 81.

¹⁷³ Declínio do individualismo e propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2000, p.459.

A função social da empresa é o limite, “*o instrumento com o qual o interesse público ou privado circunscreve um direito, sacrificando a sua extensão ou determinando seu conteúdo*” (grifos no original)¹⁷⁴. A função social tem “papel de tipo promocional”¹⁷⁵, pois, como princípio que é, tem acentuada característica prospectiva, a estabelecer fins a serem alcançados em um estado ideal de coisas¹⁷⁶. É a harmonização da empresa com seus fins sociais legítimos que justifica intervenções legislativas no sentido de regulamentar (elaborar regras) que tenham por escopo a gerar a efetivação da solidariedade social.

Para Kataoka, houve mudança no sistema jurídico como um todo. O sistema, que o autor chama de conjunto de normas dotadas de unidade e ordem¹⁷⁷, passa a se funcionalizar de acordo com o princípio central do ordenamento, a dignidade da pessoa humana, a fim de concretizá-la. Ele entende necessário que os operadores do direito percamos o sentido de centralidade dos direitos patrimoniais e de sua falta de limites e atentem-se para a nova centralidade do ordenamento, qual seja, a perspectiva personalista, coletiva¹⁷⁸.

A empresa deixa de ser fenômeno econômico juridicamente neutro e passa a ter função social com efeitos distributivos. O intérprete deve levar em conta os interesses gerais coletivos ao analisar certa ação da empresa, considerando a livre atividade econômica, a ordem financeira nacional, os interesses individuais e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana¹⁷⁹. O Direito Privado é “instrumento de Justiça e de equilíbrio entre as relações, a criar harmonia em sociedade e incentivar o tratamento leal e de boa-fé entre todos, e não [é] um instrumento para perpetuar abusos e consolidar desequilíbrios contratuais continuados”¹⁸⁰.

A Constituição confere poder ao empresário para desenvolver livremente suas atividades econômicas. Todavia a tal poder corresponde o dever de atender

¹⁷⁴ GONDINHO, André Osorio. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2000, p. 419.

¹⁷⁵ GONDINHO, André Osorio. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2000, p. 419.

¹⁷⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

¹⁷⁷ Canaris prefere unidade e adequação na definição de sistema. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Gulbenkian, 2002.

¹⁷⁸ Declínio do individualismo e propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2000, p. 464.

¹⁷⁹ GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea** – Função social do contrato de boa-fé. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 90-1.

¹⁸⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 573.

aos interesses da sociedade (poder-sujeição), de cumprir a função social da empresa na comunidade em que se insere. O Estado pode exigir da empresa mais que atuação conforme o disposto na legislação civil-mercantil, mais que cumprir com seus deveres positivos; pode exigir que a empresa atue de modo a atender os interesses sociais em que ela tem interferência direta.

A categoria *função social*, desta forma, encontra sustentação num *poder* que é dado ao Estado, visando ao bem coletivo de exigir de forma responsável e excepcional um *dever jurídico* do indivíduo, refletido em comportamentos que não seja lesivo ou ameace interesses supremos da sociedade. Resulta do anteriormente exposto que a *função social* decorre não de um direito subjetivo calcado no binômio *pretensão-obrigação*, mas sim de uma *situação subjetiva* posta sobre o binômio *poder-sujeição*¹⁸¹.

2.3.3 Eticidade e função social da empresa

A eticidade, segunda base da função social, apoia-se diretamente no princípio da dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana, encarada como fonte de todos os valores do ordenamento, não pode ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que definição dessa natureza não se harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas. Trata-se de conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por ambiguidade e porosidade, assim como por sua natureza necessariamente polissêmica. A dignidade da pessoa humana não cuida de aspectos específicos da existência humana, mas de qualidade tida como o valor próprio que identifica o ser humano como tal¹⁸².

Miguel Reale explica que o Código Civil de 2002 baseia-se nos princípios de eticidade, socialidade e operabilidade. “Para ele, a *eticidade* significa a superação do *formalismo jurídico* a que se apegou o Código de 1916, reconhecendo *valores éticos* do ordenamento” (grifos no original)¹⁸³. A eticidade tem por objetivo a valorização do ser humano e, uma vez inserida no atual Código Civil, visa conferir eficácia aos princípios constitucionais, em especial à dignidade da pessoa humana.

¹⁸¹ GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea – Função social do contrato de boa-fé**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 85.

¹⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 39-41.

¹⁸³ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 106.

A função social é cláusula geral de direito, e tais cláusulas baseiam-se na decisão ética. Podemos conceituar cláusulas gerais como: “Disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’”¹⁸⁴, que promovem o reenvio a outros espaços do próprio ordenamento jurídico ou até mesmo a valores existentes dentro ou fora do sistema. Os valores referidos são a própria eticidade, a que recorre o intérprete diante do caso concreto para neste realizar a melhor justiça – daí que as cláusulas gerais nos aproximam da *commom law*: justiça mais perfeita para o caso concreto¹⁸⁵.

2.3.4 Responsabilidade social da empresa extraída do mundo extrajurídico

Na qualidade de cláusula geral, a função social não se encontra rigidamente determinada no ordenamento, devendo o operador do direito buscar referências extrajurídicas. Como não há elenco normativo de mandamentos aos quais as empresas devam se submeter a fim de cumprir sua função social, podemos nos guiar pelos institutos e organizações não-governamentais de responsabilidade empresarial que dão diretrizes às empresas para uma ação conforme sua função social. Vejamos como o Instituto Ethos¹⁸⁶ define responsabilidade social empresarial:

A noção de responsabilidade social empresarial decorre da compreensão de que a ação das empresas deve, necessariamente, buscar trazer benefícios para a sociedade, propiciar a realização profissional dos empregados, promover benefícios para os parceiros e para o meio ambiente e trazer retorno para os investidores. A adoção de uma postura clara e transparente no que diz respeito aos objetivos e compromissos éticos da empresa fortalece a legitimidade social de suas atividades, refletindo-se positivamente no conjunto de suas relações¹⁸⁷.

São apontados, portanto, sete setores em que a empresa deve agir ética e responsabilmente. São eles: valores, transparência e governança; público interno;

¹⁸⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Apud* MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: abr.jun. 2004, nº 50, p. 14.

¹⁸⁵ CAMPOS, Miriam Abreu Machado. Anotações da aula ministrada em 31 de março de 2008, na disciplina Direito Empresarial Contemporâneo, no curso de Mestrado em Direito Empresarial da Faculdade Milton Campos.

¹⁸⁶ Ethos é um instituto de pesquisa aplicada, que atua há quinze anos no País e realiza investigações acerca da atuação empresarial.

¹⁸⁷ Disponível em: http://www.ethos.org.br/docs/conceitos_praticas/indicadores/perguntas_respostas/ Acesso em: 28 de julho de 2008.

meio ambiente; fornecedores; consumidores e clientes; comunidade; governo e sociedade. Os valores, transparência e governança devem formar a base de ação ética das empresas. O público interno são os trabalhadores da empresa, que devem ter seus direitos respeitados e a empresa socialmente responsável deve investir no ambiente de trabalho e no desenvolvimento pessoal e profissional dos funcionários. Quanto ao meio ambiente, a empresa deve se assegurar de que os materiais dos quais se utiliza não contribuem para a depredação ambiental. Em relação aos fornecedores, a empresa deve transmitir seus valores éticos, fortalecer a relação entre ambos e garantir a livre concorrência. Os consumidores e clientes recebem produtos seguros e confiáveis, além da publicidade que lhes é dirigida ser adequada. A ação das empresas para a comunidade em que se inserem é vista como contrapartida justa, uma vez que é proveniente de tal comunidade a infraestrutura e o capital social que formam a empresa. Exemplos de ações sociais da empresa para a comunidade são a preservação da cultura local, a educação e a disseminação dos valores éticos. A empresa é entendida como naturalmente formadora de cidadãos e deve agir conscientizando sobre temas de política e da importância do voto; assim colabora com o governo e a sociedade¹⁸⁸.

Trouxemos o exemplo do Instituto Ethos, pois ele lança indicadores para a avaliação da atuação socialmente responsável das empresas, o que ainda não ocorre no âmbito jurídico. Como já afirmamos, a função social, na condição de cláusula geral, precisa buscar parâmetros de definição diante do caso concreto e esses podem ser os indicadores ora citados. Giddens sugere que as ações estatais podem se harmonizar com as exigências criadas pelas empresas sem que isso resulte em prejuízo para a sociedade¹⁸⁹.

Farah cita a empresarialidade responsável, conceito formulado pela gestão empresarial, e as certificações que atestam os padrões éticos da empresa em relação à responsabilidade social. “[...] inexistente empresa que produza algo cujo consumo não se dirija – direta ou indiretamente – ao homem, portanto, pelo prisma antropocêntrico, é inconcebível que sua atividade não seja balizada pela diretriz da solidariedade social”¹⁹⁰. O autor lembra da “SA 8000” (*social accountability*)¹⁹¹, que é

¹⁸⁸ Disponível em: http://www.ethos.org.br/docs/conceitos_praticas/indicadores/perguntas_respostas/ Acesso em: 28 de julho de 2008.

¹⁸⁹ GUIDDENS, Anthony. **A terceira via**. 5. ed. Rio de Janeiro / São Paulo: Editora Record, 2005, p. 136.

¹⁹⁰ FARAH, Eduardo Teixeira. A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social. In:

norma de responsabilidade social, baseada em convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e em outras convenções das Nações Unidas, criada pela CEPAA (Agência de Acreditação do Conselho de Prioridades Econômicas, ligada à ONU).

A função social da empresa não significa a exclusão do conteúdo patrimonial, ínsito à atividade mercantil; antes, está em sintonia com a nova concepção de Direito Civil voltada para a dignidade da pessoa humana. Vejamos o que diz respeito Carmem Lúcia Silveira Ramos:

Esta despatrimonialização do direito civil não significa a exclusão do conteúdo patrimonial no direito, mas a funcionalização do próprio sistema econômico, diversificando sua valorização qualitativa, no sentido de direcioná-la para produzir respeitando a dignidade da pessoa humana (e o meio ambiente) e distribuir riquezas com maior justiça¹⁹².

O que a autora continua a dizer acerca da função social dos contratos é, *mutatis mutandis*, o que podemos afirmar sobre a função social da empresa:

Por tudo isso, pode-se asseverar que os novos paradigmas, consagrados constitucionalmente, com relação à apropriação de bens e relações contratuais, funcionalizando o exercício destas atividades com um sentido social, antecedida pelo rol de direitos e garantias do cidadão, princípios categóricos, instituídos no plano individual e coletivo, para trabalhar suas dimensões fundamentais, afetando o direito em geral e o direito privado em particular, correspondem, ao menos em parte, a um reflexo da concepção da vida da sociedade, com as inspirações interdisciplinares que sofre¹⁹³.

2.3.5 Responsabilidade social e imagem da empresa

Entre os bens incorpóreos da empresa, está sua marca. É na marca que são depositados os valores, as associações e os sentimentos despertados pelo sinal da companhia, que, em alguns casos, podem ser economicamente superiores que os

MARTINS-COSTA, Judith (org.). **Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 687.

¹⁹¹ A SA 8000 lida com os seguintes assuntos: trabalho infantil; trabalho forçado; saúde e segurança; liberdade de negociação e o direito de negociação coletiva; discriminação; práticas disciplinares; horário de trabalho; remuneração; sistema de gestão da responsabilidade social. Mais informações no site: www.sa8000.org/

¹⁹² RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. São Paulo/Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 16.

¹⁹³ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. São Paulo/Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 16.

próprios bens corpóreos da empresa. A empresa quer agregar a si os valores positivos difundidos na comunidade. Na sociedade moderna, ainda que predomine o individualismo, cada vez mais valores de justiça social, solidariedade social, preservação ambiental e noções de cidadania se fazem presentes. Esses novos valores já foram percebidos pelas empresas e pelos responsáveis por sua propaganda, pois esta reflete a atual hierarquia de importâncias.

A empresa hoje se preocupa em mostrar à sociedade, a seus consumidores, que atua de maneira socialmente responsável. Prova disso são os numerosos anúncios que informam das ações ecológicas praticadas por certas empresas, na tentativa de estabelecer ligação entre o nome da empresa e o “ecologicamente correto”. Na área da comunicação, muito se discute a respeito do *green advertisement*, *green marketing* ou *societal marketing*, no sentido que, não raro, a empresa gasta mais recursos financeiros na campanha publicitária em torno de suas ações ecológicas que nestas ações em si.

Haveria aí clara distorção entre o meios e fins, a ironia da maior importância ao parecer ser do que ao ser. Mas de um dado não se duvida: as empresas têm se empenhado bastante em serem (ou ao menos parecerem ser) atuantes socialmente. A razão disso é que elas reforçam sua imagem junto ao cliente e criam “vínculos permanentes de identidade”¹⁹⁴ com o consumidor. Os valores imateriais superam o interesse privado de mera apropriação de bens e tais valores são buscados pelas empresas. Vejamos o que Guimarães diz a respeito:

[...] percebe-se uma mudança de foco das empresas com relação ao consumidor e à sociedade como um todo, incluindo preocupações na preservação do meio ambiente, assim como a exploração dos recursos naturais exauríveis.

Começa-se a perceber uma mudança no comportamento e no processo de decisão de compra do consumidor, que se torna mais crítico nas escolhas do produto, na marca e nos seus atributos específicos. Ou seja, de uma forma geral, o consumidor está mais crítico e selecionador¹⁹⁵.

2.3.6 Aplicabilidade jurídica da função social da empresa

¹⁹⁴ Expressão empregada por Hélio Mattar, presidente do Instituto Akatu no artigo: **Responsabilidade social: uma questão de identidade**. Disponível em: http://planetasustentavel.abril.uol.com.br/noticia/sustentabilidade/conteudo_272960.shtml Acesso em: 28 de julho de 2008.

¹⁹⁵ **Marketing verde e a propaganda ecológica: uma análise da estrutura da comunicação em anúncios impressos**. 2006. Tese (Doutoramento em Administração) Escola de Administração – Universidade de São Paulo (USP). Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-19102006-153357/> Acesso em: 28 de julho de 2008, p. 59.

Tendo feito breve histórico da aparição da função social da empresa no ordenamento nacional, desde a Lei de Desapropriação de 1962, que falava em interesse social da propriedade, até a atual Lei de Recuperação Judicial e Falência, que expressamente se refere à função social da empresa, podemos afirmar que a doutrina, entre civilistas, comercialistas e constitucionalista, se empenhou em compreender o instituto. Questionamo-nos, entretanto, acerca da aplicabilidade da função social na esfera jurídica, com penalidades a empresas que forem irresponsáveis em seu agir.

No âmbito jurídico não conseguimos visualizar que sanções poderiam ser aplicadas a empresas que não cumprissem sua função social. Caso a empresa viole algum direito trabalhista, incorra em faltas ambientais ou atente contra livre concorrência, a lei prevê punições, mesmo na esfera criminal se em relação ao meio-ambiente. Entretanto, se a empresa não contribuir para o aprimoramento pessoal e profissional de seus empregados, não optar por meios de produção menos nocivos ao meio ambiente ou for desleal com seus fornecedores em sentido estritamente ético, mas não regulado juridicamente, os operadores do direito nada poderiam fazer a esse respeito.

É por essa razão que Humberto Ávila condena a euforia do que denomina Estado Principiológico¹⁹⁶. Em sua teoria dos princípios, Ávila claramente busca tornar reais os valores que permeiam os princípios, torná-los efetivos e não mero discurso vazio, pois, por serem normas prospectivas e que apontam um estado ideal de coisas, os princípios carecem de regras que especifiquem seus fins. “*É preciso trocar o fim vago pelo fim específico*”¹⁹⁷ (grifos no original). Assim se sucede com a função social da empresa.

A inaplicabilidade a que nos referimos, contudo, não é absoluta, pois se refere a sanções diante de um não-fazer da empresa, porquanto não há regra jurídica que determine fazeres empresariais socialmente responsáveis. É possível utilizar-se da função social da empresa, ou conjugar princípios e regras constitucionais outros que visem de forma diversa promover a dignidade da pessoa

¹⁹⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 23.

¹⁹⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 92.

humana, de forma a sustentar decisões judiciais. Tal ocorreu na ADI 1.950/SP, de 03 de novembro de 2005.

No referido julgado, o Ministro Eros Grau fundamentou seu voto no sentido de rejeitar pretensão da Confederação Nacional do Comércio, em face do Governador de São Paulo, cujo pleito era a declaração de inconstitucionalidade de lei estadual que determinava meia-entrada a estudantes em casas de diversão, cultura, esporte e lazer. Para tanto, o referido Ministro fundamentou no sentido de que, mesmo estando assegurada a livre iniciativa, a Constituição de 1988, por sua natureza diretiva, tem como objetivo a transformação da realidade com a promoção da dignidade da pessoa humana. Decidiu pela constitucionalidade da lei. Vejamos:

6 - A ordem econômica ou a Constituição econômica pode ser definida, enquanto parcela da ordem jurídica, mundo do dever ser, como sistema de normas que define, institucionalmente, determinado modo de produção econômica. A ordem econômica diretiva contemplada na Constituição de 1.988 propõe a transformação do mundo do ser. Diz o seu art. 170 que a ordem econômica (mundo do ser) deverá estar fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa e deverá ter por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados determinados princípios. É Constituição diretiva. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. Os fundamentos e os fins definidos em seus artigos 1º e 3º são os fundamentos e os fins da sociedade brasileira.

[...]

15 – Os preceitos atinados à ordem econômica contidos em nossa Constituição não podem ser interpretados isoladamente, destacados da totalidade que o texto constitucional é. Disse-o já esta Corte, no exame da ADI 309, relator o Ministro MOREIRA ALVES, afirmando o poder do Estado de, por via legislativa, regular a política de bens e serviços. Dever de fazê-lo, diria eu. Função, dever-poder de dar concreção às *normas-objetivo* veiculadas pelos artigos 3º e 170 da Constituição.

16 – No caso, se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (art. 23, V, 205, 208, 215 e 217 § 3º da Constituição). Ora, na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. A superação da oposição entre os desígnios de lucro e de acumulação de riqueza da empresa e o direito ao acesso

à cultura, ao desporto e ao lazer, como meio de complementar a formação dos estudantes, não apresenta maiores dificuldades.

Ante o exposto, julgo improcedente o pedido formulado nesta ação direta.

A função social da empresa não foi citada diretamente no voto ora analisado, mas de seus argumento extraímos-la. Assim, embora tenhamos constatado que a função social da empresa necessita de regras para que possa ser concretizada e transformar o mundo do ser, valendo-nos da expressão empregada pelo Ministro Eros Grau, apontamos também que já há votos de nossa Corte Suprema no sentido de concretizar princípios em casos concretos. Esperamos que a função social da empresa - e sua preservação, tema nessa dissertação -, sejam institutos merecedores de atenção pelos juristas e atinjam seu objetivo de transformar a realidade.

3 O DISCURSO QUE SUSTENTA A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

3.1 Princípio da preservação da empresa e o *bailout* do sistema financeiro Norte-Americano

Quando pensamos em poder e violência e em suas manifestações na sociedade, a lei e o direito nos vem à mente de imediato como suas mais claras expressões. O direito é a forma por excelência de poder e de violência sociais legítimos. Na parte mais clara do espectro da violência própria ao direito, podemos citar o direito criminal e mencionar os exemplos das penas, sendo o encarceramento seu epíteto; ou o direito tributário, que garante ao Estado a faculdade de instituir impostos, taxas e contribuições, bem como cobrá-los e executá-los, ainda que isso implique o perdimento do bem que gera a própria responsabilidade tributária; ou mesmo ao direito de família, que permite ao Estado decretar a perda do poder familiar do pai ou da mãe sobre seus filhos. Mas a violência do direito estende-se para muito além desses casos em que a manifestação de poder nos salta à vista.

A nuance menos clara da violência encarnada pelo direito, sua face menos explícita, é uma das manifestações do que Pierre Bourdieu denomina "poder simbólico". Muito embora Bourdieu não tenha se ocupado em definir estritamente um

conceito de poder¹⁹⁸, poder simbólico é a manifestação invisível do poder, que só se pode descobrir "com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem"¹⁹⁹. É o poder que, sendo estruturado, tem a capacidade de estruturar a sociedade, que integra a própria estrutura e é ao mesmo tempo tal estrutura, e que nós identificaremos nesse estudo com o silêncio da lei.

Essas omissões da lei, os espaços em que a lei fala pouco ou é de todo omissa, abrem margem para a violência subentendida, constituindo a parcela mais escura do espectro da violência jurídica. Assim, no direito criminal, não seria o encarceramento o exemplo da violência simbólica, mas, antes, o acesso da polícia àqueles que cometem ilícitos de pequena monta, pequenos crimes contra o patrimônio, e aos que cometem crimes contra o patrimônio público valendo-se de seus cargos de poder. Ambos os grupos atentam contra o bem jurídico patrimônio, mas, apesar de os "ladroes de galinha" produzirem danos limitados e na maioria das vezes reparáveis, e os "criminosos de colarinho branco" cometerem crimes de consequências generalizadas para a sociedade e com danos incalculáveis, a polícia consegue agir livremente nos crimes de bagatela, mas encontra entraves sistêmicos na investigação de crimes que envolvem agentes detentores de poder. No direito tributário, o exemplo de poder simbólico não é a multa aplicada ao pequeno empresário que falha em cumprir obrigação tributária acessória; essa é manifestação explícita do poder do direito. A violência simbólica manifesta-se na diferença do montante de tributo a ser pago por grande companhia que possa arcar com advogado hábil e contador experiente para fazer o mais eficiente planejamento tributário, do montante de tributo a ser pago por médio empresário que aventure-se a calcular sozinho sua responsabilidade tributária. No direito de família, o poder simbólico aparece quando constatamos que, para certas estruturas familiares, a questão da violência não é o perdimento do poder familiar, mas o reconhecimento dos parceiros como entidade familiar e portanto capazes de possuir conjuntamente poder familiar, que é a situação de casais homossexuais.

Nos casos supra aludidos, a lei é a mesma para todos, mas o que está para além das palavras da lei é o determinante no desfecho das histórias dos envolvidos.

¹⁹⁸ Conforme Sébastien Roux, Bourdieu não propôs um conceito formalizado de poder, apesar de a análise do poder ser central na obra do célebre sociólogo francês. *Pouvoir*. In: **ABÉCÉDAIRE de Pierre Bourdieu** - Sous la Direction de Jean-Philippe Cazier. Les Éditions Sils Maria: Paris, 2006, p. 147.

¹⁹⁹ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Bertrand Brasil: Rio de Janeiro, 2009, p. 8.

Seja a estrutura do aparato de aplicação da lei, seja a possibilidade de contar com *experts* na manipulação dos conceitos técnicos legais e contábeis, seja a negação de direitos fundamentais a certos grupos sociais, nas situações aventadas resta demonstrado que a maior violência exercida pela lei está muito além das palavras com que ela foi redigida.

O silêncio da lei é o objeto de estudo desse capítulo. Lidaremos especificamente com o silêncio encarnado pelo conceito impreciso, deixado aberto e indeterminado pelo legislador do que seja o princípio da preservação da empresa na Lei de Falência. O entendimento do conceito de poder simbólico e a violência que ele engendra fazem-se pertinentes, pois, a partir deles, justificaremos teoricamente a necessidade de aplicação, *enforcement*, do princípio da preservação da empresa. A fim de tornarmos bastante palpáveis as possíveis consequências da omissão legal na estruturação da preservação da empresa, ilustraremos com o caso do *bailout* feito pelo governo norte-americano em 2008, em que diversas empresas, em sua maioria instituições financeiras receberam dinheiro público para continuarem suas operações. No exemplo do ocorrido recentemente nos Estados Unidos, houve a decisão de se preservar empresas com maciço aporte de dinheiro público sem que, no entanto, jamais tenha havido regulamentação do conceito de preservação de empresa.

Iniciaremos nosso estudo com a análise do que o sociólogo francês Pierre Bourdieu chama de poder simbólico, explicitando a violência contida nas subjetividades estruturantes. Passaremos à descrição da crise financeira norte-americana de 2008, focando especialmente em suas causas, para que possamos entender o *bailout*, nome mais popular da Lei Federal Estadunidense 101-343, de outubro de 2008 (*Emergency Economic Stabilization Act of 2008* - EESA). O *bailout* servirá de exemplo da capacidade do capital econômico perpetuar a estrutura de poder mesmo quando tal estrutura mostra-se corrupta, ineficiente e incapaz de se sustentar. Demonstraremos como a falta de prévia regulamentação do princípio da preservação da empresa levou à produção simbólica obediente aos interesses dominantes, ou como o silêncio da lei permitiu que ações discricionárias tomadas pelo governo estadunidense impusessem a legitimação do *bailout*.

Com a crise iniciada em 2008, as empresas preservadas, ou, literalmente, "resgatadas", pelo governo norte-americano teriam ido à falência, inevitavelmente. Contudo, a lacuna legal, ou a falta de parâmetros certos definidores de que

empresas poderiam valer-se de ajuda pública em caso de falência, permitiu a promulgação do EESA. O silêncio da lei, a falta de regulamentação prévia pelos legisladores, abriu espaço para a preservação de empresas cuja bancarrota foi causada por suas próprias e conscientes atitudes ilegais. O estudo da violência contida na omissão da lei junto ao exemplo das consequências acarretadas pelo silêncio da lei de falências da maior economia do mundo é o objeto do presente capítulo, em que justificamos a necessidade de se entender o princípio da preservação da empresa.

3.1.2 Poder simbólico e violência em Bourdieu

Ao discorrer sobre poder simbólico, Bourdieu nos lembra que podemos observar o poder em toda parte, no entanto, vê-lo onde "ele é mais completamente ignorado"²⁰⁰ é reconhecer o poder simbólico. No caso do direito, a lei em si é a manifestação visível e recognoscível de sua violência, impondo e regulando condutas e garantindo sua obediência por meio dos aparatos policiais e judiciário. Descobrir o poder simbólico do direito, sua violência encoberta, requer ir além da lei e entender a estrutura que o sistema jurídico forma, analisando para quem é direcionada a lei, quem a produz e a que grupos de interesse a lei atende. Saímos, assim, do manifestamente evidente, deixamos de procurar o centro do qual emana o direito como a origem de seu poder e de sua violência, e passamos a estudar o direito como estrutura em que o poder é "espécie de círculo cujo centro está em toda parte e em parte alguma"²⁰¹.

Bourdieu aborda especificamente a força do direito como forma de poder simbólico. O sociólogo francês assevera que os operadores do direito estruturam o mundo jurídico como um universo social destacado e autônomo das influências externas ao consagrarem que apenas alguns agentes investidos de competência podem interpretar o *corpus* de textos legais de forma legítima.²⁰² Ele denomina essa

²⁰⁰ BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Bertrand Brasil: Rio de Janeiro, 2009, p. 7.

²⁰¹ BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Bertrand Brasil: Rio de Janeiro, 2009, p. 7.

²⁰² BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Bertrand Brasil: Rio de Janeiro, 2009, p. 211 e 212.

pretensão de independência do direito como campo do saber de "ilusão da sua autonomia em relação às pressões externas"²⁰³.

Assim como os demais discursos de verdade científica, o direito é produto da interiorização das estruturas objetivas dominantes no mundo social. Todo o discurso que o suporta baseia-se na "verdade", na busca pela interpretação correta da lei e pela intenção do legislador, na descoberta da mais perfeita interpretação da lei conforme a norma primária ou fundamental, chegando mesmo à tentativa kelseniana de formular uma teoria pura do direito, que entende o direito como ciência neutra e objetiva das normas. Ao examinarmos a face violenta oculta do direito, devemos nos distanciar tanto da verdade do senso comum popular, quanto da verdade do senso comum instruído ou sábio.²⁰⁴ O ensaio de neutralidade e de verdade difundidos nas escolas de direito é o objeto de crítica e combate de Bourdieu, bem como de toda sociologia do direito, que apregoa que "todo discurso de verdade não é auto-fundado, ele deve ser validado, aprovado, fundado no exterior de si mesmo, dentro do real do qual ele pretende prestar contas"²⁰⁵.

Esclarecer o que seja a violência simbólica do direito e desvelar o discurso simbólico que o suporta abre nova perspectiva hermenêutica no campo jurídico. Negar a violência simbólica do direito é negar que ele seja um discurso simbólico e entendê-lo como discurso de verdade completamente destacado da realidade social, ou abstrair que o direito seja criação social e histórica que impõe a vontade ou o discurso de um grupo social sobre outro, relação entre dominantes e dominados.²⁰⁶ "Tudo que nos parece natural não é nada mais que uma construção historicamente constituída".²⁰⁷ Essa violência simbólica é imanente ao direito e não será amputada do universo jurídico pela compreensão de sua existência, até porque a violência é

²⁰³ BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Bertrand Brasil: Rio de Janeiro, 2009, p. 212

²⁰⁴ Benquet cita passagem em que Bourdieu aconselha de forma semelhante o sociólogo que busque a verdade: "*Il [ne doit pas] substituer simplement à la doxa naïve du sens commun la doxa du sens commun savant, qui donne sous le nom de science une simple transcription du discours de sens commun*". (Tradução livre: "Ele não deve simplesmente substituir a *doxa* ingênua do senso comum pela *doxa* do senso comum instruído/sábio, que dá sob o nome de ciência uma simples transcrição do senso comum"). *Vérité*. In **ABÉCÉDAIRE de Pierre Bourdieu** – Sous la Direction de Jean-Philippe Cazier. Les Éditions Sils Maria: Paris, 2006, p. 204.

²⁰⁵ Tradução livre: "*Le discours vrai n'est pas autofondé, il doit être validé, prouvé, fondé à l'extérieur de lui-même, dans le réel dont il prétend rendre compte*". BENQUET, Marlène. *Vérité*. In: **ABÉCÉDAIRE de Pierre Bourdieu** - Sous la Direction de Jean-Philippe Cazier. Les Éditions Sils Maria: Paris, 2006, p. 203.

²⁰⁶ A noção histórica de poder simbólico é tomada emprestada por Bourdieu do pensamento marxista, conforme será abordado mais à frente em nosso trabalho.

²⁰⁷ "*Ainsi tout ce qui peut nous paraître naturel n'est rien d'autre qu'une construction historiquement constituée*". FEDERINI, Fabienne. Marx. In **ABÉCÉDAIRE de Pierre Bourdieu** – Sous la Direction de Jean-Philippe Cazier. Les Éditions Sils Maria: Paris, 2006, p. 117.

parte estrutural do direito, mas dará uma nova visão e novas possibilidades de interpretação legal que levará em conta os embates simbólicos, antes escondidos, ignorados e disfarçados.

Podemos entender a violência a partir de suas diversas manifestações. Há as formais brutais de violência, quais sejam: a violência física e armada legítima conduzida pelo Estado, bem como a violência econômica, que, na perspectiva marxista, consiste na separação dos meios de produção da força de trabalho. A novidade trazida pela obra de Bourdieu reside no conceito de violência simbólica, que abrange todas as formas "doces" de dominação a que os dominados adiram. O conceito de violência "doce" advém, portanto, da oposição aos modelos de violência brutais e da adesão dos dominados a tal forma de violência. É simbólica essa violência na medida em que ela ocorre na esfera dos significados ou do senso que os dominados conferem ao mundo social e ao seu lugar dentro desse mundo.²⁰⁸

A visão do direito como violência fica manifesta quando Bourdieu analisa a história do que ele chama de direitos sociais e verifica que o que antes era entendido no mundo jurídico como crime, passa a ser direito regulamentado em lei.²⁰⁹ Dessa forma, ele afasta a possibilidade de compreensão do direito da realidade factual e evidencia seu caráter social e sua permeabilidade às constantes alterações de força na sociedade.

Não só o direito é um sistema simbólico no entendimento de Bourdieu; também a arte, a linguagem e a religião são estruturas estruturantes. O exemplo da linguagem é bastante claro: a linguagem expressa sua violência através da imposição oficial e um falar legítimo, conferindo um lucro simbólico aos produtores de discursos e havendo valoração de um discurso de acordo com a competência linguística do emissário. O poder simbólico inicia-se com a linguagem e o produto ou o equilíbrio de poder que ocorre em trocas linguísticas reflete a estrutura social em

²⁰⁸ "Symbolique", parce qu'elle s'exerce dans la sphères des significations ou plus précisément du sens que les dominés donnent au monde social et à leur place dans ce monde". (Tradução livre: "Simbólica', porque ela se exerce dentro da esfera das significações ou mais precisamente do senso que os dominados conferem ao mundo social e a seu lugar dentro desse mundo"). MAUGER, Gérard. *Violence*. In **ABÉCÉDAIRE de Pierre Bourdieu** – Sou la Direction de Jean-Philippe Cazier. Les Éditions Sils Maria: Paris, 2006, p. 206.

²⁰⁹ "Já se mostrou, por exemplo, como os sindicatos americanos têm visto o seu estatuto legal evoluir à medida que ganham em poder: enquanto que, em começos do século XIX, a acção coletiva dos assalariados era condenada como "*criminal conspiracy*" em nome da proteção do mercado livre, os sindicatos foram pouco a pouco tendo acesso ao reconhecimento legal". BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Bertrand Brasil: Rio de Janeiro, 2009, p. 213.

que as trocas são produzidas.²¹⁰ Por outro lado, podemos também entender a linguagem como sistema simbólico na medida em que, para pensar tal estrutura, nós a utilizamos no processo, ficando claro como essa estrutura primeira é possibilitadora da estruturação de quase todo o pensamento passível de comunicação. As estruturas estruturantes são, ao mesmo tempo e necessariamente, estruturas estruturadas, sendo atividades produtoras de consciência, bem com instrumento de conhecimento e de comunicação.

O poder simbólico é um poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem *gnosiológica*: o sentido imediato do mundo (e, em particular, do mundo social) supõe aquilo a que Durkheim chama de *conformismo lógico*, quer dizer, "uma concepção homogênea do tempo, do espaço, do número, da causa, que torna possível a concordância entre as inteligências".²¹¹

Toda ideia do direito assenta-se na necessidade de ordem e, conseqüentemente, na crença de que haja uma ordem social a ser seguida. Essa ordem, *nomos* ou boa ordem, é toda ela referida a valores do que seja desejável ou preferível para o benefício da sociedade. O pensamento formador do direito também pressupõe, necessariamente, que tal ordem nem sempre é seguida, caso contrário não seria preciso criarem-se leis para tornar real um estado de coisas - não há lei que nos comande respirar, nem que decrete que o sol nasça todos os dias. O poder simbólico está exatamente nesse local da gênese legal: quais as condutas são desejáveis, que valores promoveremos com nossas leis, que leis serão aplicadas estritamente e que leis serão editadas apenas para satisfazer pressões sociais, sem pretensão de serem efetivadas, como e em que medida aplicaremos uma lei. O poder simbólico do direito está no não-dito, na não-aplicação, nas escolhas feitas para além da clareza da letra da lei.

O poder simbólico, poder subordinado, é uma forma transformada, quer dizer, irreconhecível, transfigurada e legitimada, das outras formas de poder: só se pode passar para além da alternativa dos modelos energéticos que descrevem as relações sociais como relações de força e dos modelos cibernéticos que fazem delas relações de comunicação, na condição de se descreverem as leis de transformação que regem a transmutação das diferentes espécies de capital em capital simbólico e, em especial, o trabalho de dissimulação e de transfiguração (numa palavra, *eufemização*) que garante uma verdadeira transubstanciação das relações de força

²¹⁰ MAZZONE, Fanny. *Langage*. In: **ABÉCÉDAIRE de Pierre Bourdieu** – Sous la Direction de Jean-Philippe Cazier. Les Éditions Sils Maria: Paris, 2006, p. 108.

²¹¹ BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Bertrand Brasil: Rio de Janeiro, 2009, p. 9.

fazendo ignorar-reconhecer [*méconnaître-reconnaître*] a violência que elas encerram objectivamente e transformando-as assim em poder simbólico, capaz de produzir efeitos reais sem dispêndio aparente de energia.²¹²

O poder simbólico é o poder de se construir pela enunciação. Portanto, trazendo luz ao fato de que através da inserção do princípio da preservação da empresa na lei de falências o legislador reconhece que há empresas que devem ser preservadas, mas **silencia** em absoluto sobre quais são elas e como tal preservação deve ocorrer, reconhecemos o que antes poderia passar por invisível. Dessa forma, procuramos evitar que outras formas de capital ou de poder (capital econômico, capital intelectual) se transformem em poder simbólico no processo de falência e que de maneira irreconhecível manipulem o princípio da preservação da empresa em seu proveito.

O pensamento marxista encontra eco na postura epistemológica adotada por Bourdieu, em especial na noção de construção histórica constituída, de mundo social que se inscreve no longo decurso. Tanto para Bourdieu quanto para Marx, tudo aquilo que nos parece natural se trata de construção histórica. Outras noções marxistas como, "capital" e "classe social", também são revisitadas e enriquecidas na obra de Bourdieu. Todo sistema simbólico pode ser entendido como instrumento de dominação de acordo com a tradição marxista. É a ideologia das classes dominantes que se expressa na estruturação de um sistema e que se reforça a cada vez que tais valores são aplicados, legitimando a dominação. A luta entre os agentes produtores de poder terá seu desfecho conforme o poder simbólico por eles acumulado, sendo a definição do mundo social resultado dos agentes cujos interesses prevalecerem nesse embate.

Daí a importância de se defender uma interpretação legal conforme a constituição, o que garantirá coesão ao sistema e efetivação dos valores ali estabelecidos. Caso contrário, todo o sistema jurídico ficará exposto à força do agente dominante em determinado cenário - a parte que possa arcar com advogado mais hábil ou dispor de *experts* que forneçam pareceres que favoreçam sua causa, ou o grupo que consiga exercer maior pressão sobre os legisladores para transformar em lei seus anseios. Nas palavras de Bourdieu, as classes dominantes tendem sempre a ameaçar "desviar em seu proveito o poder da definição do mundo

²¹² BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Bertrand Brasil: Rio de Janeiro, 2009, p. 15.

social"²¹³, e a especificação clara do que seja o princípio da preservação da empresa deve ser feita *ex ante*, teoricamente e fora do caso concreto, sob pena do entendimento ocorrer desvinculado dos preceitos constitucionais, totalmente à mercê da violência exercida no embate simbólico entre as partes num dado processo de falência.

Bourdieu reconhece que existe "extraordinária elasticidade" nos textos jurídicos, que pode ir da indeterminação ao equívoco. O silêncio da lei, sua vagueza, dão margem à operação de hermenêutica de *declaratio*, que é tanto mais explorada pelos juízes e demais operadores do direito quanto maior seja a "polissemia ou anfibologia das fórmulas jurídicas".²¹⁴ Em nosso entendimento, a polissemia e a indeterminação devem ser reduzidas ao máximo para que haja maior predição, logo, maior certeza no sistema. Afinal, como nos lembra Bourdieu, a interpretação jurídica está longe da fundamentação preocupada com a aplicação fiel da regra, como queria Gadamer, sendo antes "resultado de uma luta simbólica entre profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais, portanto capazes de mobilizar, embora de modo desigual, os meios ou recursos jurídicos disponíveis [...]".²¹⁵ Daí a importância de definirmos mais objetivamente o que seja a preservação da empresa: evitar que aqueles dotados das mais fortes armas simbólicas façam sua causa triunfar, ao estabelecer condições favoráveis para que a força simbólica dos operadores do direito seja menos relevante em face da maior clareza para o magistrado das condições de aplicação da lei.

A lei de falências trouxe o princípio da preservação da empresa de forma frouxa e indefinida em seu texto. Fica claro que o legislador entende que há empresas que devem ser preservadas, resgatadas, em caso de bancarrota, mas quais são essas empresas, que critérios deve observar o magistrado para determinar que empresa preservar no contexto da falência em oposição a que empresa deve seguir o curso do processo falimentar e ser extinta, sobre essas questões a letra da lei silencia.

Os motivos desse silêncio legal podem ser vários. O legislador pode ter querido fazer referência à disposição constitucional de função social da empresa, ou deixar a decisão de que empresa preservar e como fazer tal preservação à discricção

²¹³ BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Bertrand Brasil: Rio de Janeiro, 2009, p. 12.

²¹⁴ BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Bertrand Brasil: Rio de Janeiro, 2009, p. 224.

²¹⁵ BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Bertrand Brasil: Rio de Janeiro, 2009, p. 224.

do juiz ou à capacidade de cada empresa argumentar no processo a ponto de convencer o magistrado a promover medidas que preservem suas atividades. No entanto, não é o motivo do silêncio que queremos abordar aqui, mas as consequências desse silêncio, a fim de justificarmos a importância da maior determinação do que seja o princípio da preservação da empresa. Para tanto, recorreremos ao recente exemplo do *bailout* das instituições financeiras feito pelo governo estadunidense.

3.1.3 *Bailout* do sistema financeiro Norte-Americano

A palavra inglesa *bailout* pode ser traduzida literalmente para o português como "resgate" ou, de forma mais contextualizada com a crise de 2008 ocorrida nos Estados Unidos, como resgate de dificuldade financeira. Seu significado jurídico, entretanto, comporta muitas outras interpretações e aqui abordaremos a importância do não-dito, não-regulamentado, que foi condição de possibilidade do *bailout* estadunidense. O *bailout* do sistema financeiro americano ou o plano de resgate econômico de 2008 é a maneira mais comum de nos referirmos à lei norte-americana número 110-343, de 03 de outubro de 2008, denominada *Emergency Economic Stabilization Act of 2008*, ou EESA.

O EESA foi proposto pelo Secretário do Tesouro, cargo algo equivalente ao de Ministro da Fazenda no contexto brasileiro, no final do segundo mandato do Presidente George W. Bush. Conforme o governo estadunidense, a lei consistia em conjunto de medidas empregadas em face da crise financeira iniciada no sistema financeiro daquele País pela venda de valores mobiliários de alto risco, muitos deles garantidos por hipotecas relativas à compra de casa para moradia própria. A crise iniciada em 2007 começou com empréstimos hipotecários de alto risco (*subprime mortgage*) e outros *subprimes* que incluíam diversos bens e serviços financiados, como dívidas em cartão de crédito, que nasceram fadados à insolvência. A inadimplência generalizada dos empréstimos de alto risco era amplamente previsível, uma vez que tais empréstimos eram concedidos de forma acriteriosa e generalizada, em razão da ampla liquidez existente na economia americana.

A crise do crédito hipotecário de alto risco levou o governo americano a empregar 700 bilhões de dólares na compra de valores mobiliários (*securities*), cuja

probabilidade de pagamento era muitíssimo baixa, a fim de manter a liquidez do sistema financeiro, injetando maciço montante de dinheiro em bancos e outras instituições financeiras, americanas e estrangeiros que operam nos EUA. Essa compra de títulos podres foi justificada pelo discurso oficial de necessidade de manutenção da confiança dos investidores no mercado financeiro, e a intervenção estatal rápida visava evitar uma grande depressão econômica, tal como a ocorrida em 1929, em que o governo foi duramente criticado pela demora em intervir na economia.

Após a aprovação e início da implementação do plano de resgate econômico, já no governo do Presidente Barack Obama, foi criada a Comissão de Inquérito da Crise Financeira (*Financial Crisis Inquiry Commission*, FCIC). A FCIC foi estabelecida dentro do poder Legislativo pela lei 11-21 de 20 de maio de 2009, conhecida pela sigla FERA (*Fraud Enforcement and Recovery Act of 2009*), e seu propósito era "examinar as causas, domésticas e globais, da atual crise financeira e econômica nos Estados Unidos (*examine the causes, domestic and global, of the current financial and economic crisis in the United States*", Section 5 (a)). Diferentemente das comissões parlamentares de inquérito que ocorrem no Brasil, a FCIC é comissão independente e composta por dez membros com formações diversas, tais como mercado imobiliário, economia, finanças, regulação de mercado financeiro, setor bancário e proteção ao consumidor, sendo seis deles apontados pelo partido democrata e quatro pelo partido republicano.

A investigação das causas do colapso das maiores instituições financeiras foram determinadas pela FCIC. Não houve consenso entre os membros da comissão em suas conclusões, sendo que as interpretações divergentes variaram mais ou menos de acordo com a origem da escolha dos membros da FCIC: os membros apontados pelos representantes do partido democrata concluíram em certo sentido, ao passo que três dos membros indicados pelos republicanos concluíram em sentido divergente e o quarto membro designado pelo partido republicano opinou isoladamente quanto às causas da crise. Essa divergência entre as conclusões dos membros da FCIC mostra muito claramente o quanto há de margem interpretativa para a crise e como tal interpretação será feita consoante a ideologia do avaliador.

Nesse estudo, levaremos em consideração a conclusão a que chegou a maioria dos integrantes da comissão, publicada pelo governo americano em janeiro

de 2011 no documento de seiscentas e sessenta e duas páginas. Tal conclusão foi dividida em seis principais tópicos:

- a) A crise poderia ter sido evitada.
- b) Falhas generalizadas no sistema de regulação e supervisão comprovaram-se devastadores para a estabilidade dos mercados financeiros da nação.
- c) Grandes falhas de governança corporativa e gerenciamento de risco nas muitas instituições financeiras de importância sistêmica foram a chave para a crise.
- d) A combinação de empréstimos excessivos, investimentos de risco e falta de transparência colocaram o sistema financeiro em rota de colisão com a crise.
- e) O governo estava mal preparado para a crise e a resposta inconsistente dada pelo governo acrescentou incerteza e pânico no mercado financeiro.
- f) Houve quebra sistêmica na prestação de contas (*accountability*) e ética.²¹⁶

Conforme o relatório, a crise foi consequência de ações humanas e não derivada de alguma causa natural ou pane informática. Assim sendo, poderia ter sido evitada, especialmente porque muitos sinais de sua ocorrência foram observados, como a explosão de negociações de valores mobiliários de altíssimo risco, elevação insustentável do preço das casas para moradia própria, relatórios de práticas de empréstimos predatórios, enorme aumento no nível empréstimos garantidos por hipotecas das moradias próprias, crescimento exponencial das

²¹⁶ Todas as traduções que se seguem são livres e pertencem ao documento **Financial Crisis Inquiry Report - Final Report of the National Commission on the Causes of the Financial and Economic Crisis in the United States**. U.S. Government Printing Office: Washington, DC, 2011:

[1] *We conclude this financial crisis was avoidable*" (p. xvii).

[2] *We conclude widespread failures in financial regulation and supervision proved devastating to the stability of the nation's financial markets*" (p. xviii).

[3] *We conclude dramatic failures of corporate governance and risk management at many systemically important financial institutions were a key cause of this crisis*" (p. xviii).

[4] *We conclude a combination of excessive borrowing, risky investments, and lack of transparency put the financial system on a collision course with crisis*" (p. xix).

[5] *We conclude the government was ill prepared for the crisis, and its inconsistent response added to the uncertainty and panic in the financial markets*" (p. xxi).

[6] *We conclude there was a systemic breakdown in accountability and ethics*" (p. xxii).

atividades das instituições financeiras, crescimento constante de *securities* (valores mobiliários) livres de qualquer regulamentação . O relatório da comissão fala em "hipotecas tóxicas" (*toxic mortgages*), que consistiam em segundas e terceiras hipotecas feitas tendo como bem garantidor a mesma casa da família, que tomavam empréstimos cada vez mais vultuosos para quitar o anterior, muitas vezes com juros pós-fixados. A comissão concluiu que os riscos a que estavam expostos os americanos, muito embora fossem claríssimos, foram ignorados pelo governo, que não soube entender a questão nem gerenciá-la.

A conclusão número um da Comissão de Inquérito da Crise Financeira pode ser interpretada como um apelo para assunção de responsabilidade por parte do governo pelo ocorrido. Ao dizer o óbvio e negar que a crise financeira tenha sido causada por algum evento natural ou crise do sistema de computadores, a Comissão destaca que houve ação de pessoas, dos agentes financeiros e dos agentes governamentais, que tomaram decisões erradas que levaram à formação da bolha imobiliária. Os agentes financeiros adotaram práticas predatórias, desde o vendedor de casas, que vendia imóveis financiados a pessoas sem emprego, sem renda e sem bens que garantissem o empréstimo,²¹⁷ pois estava preocupado somente em auferir sua comissão na venda, até os avaliadores de risco de *securities* em Wall Street, que emitiam pareceres no sentido de que os títulos garantidos por essas dívidas de altíssimo risco eram investimentos bons e seguros, mesmo sabendo de forma plenamente consciente que tais títulos eram podres.

Tal atitude irresponsável e aética dos diretores das instituições financeiras pode ser exemplificado pelo caso da AIG Financial Products e seu ex-diretor financeiro Joe Cassano. Em 2007, logo antes da crise virar manchete em todo o mundo, Cassano anunciava que o portfólio de derivativos garantidos por hipotecas (*mortgage derivative portfolio*), gerenciado pelo empresa AIG e estimado em sessenta bilhões de dólares, era tão seguro que ele não previa uma perda de um dólar sequer para seus investidores. Analistas financeiros afirmam que nenhum portfólio dessa magnitude pode ser tão bem administrado a ponto de estar imune a perdas, especialmente um portfólio composto por hipotecas podres, como era o da AIG. Mas Cassano impediu que contadores independentes avaliassem os elementos da cartela de investimento, além de ter escondido de forma deliberada as cláusulas

²¹⁷ Essas pessoas são conhecidas como "ninjas": *no income, no job, no assets*", ou sem renda, sem emprego e sem bens.

de risco do contratos assumidos pela AIG, eliminando a transparência do investimento. O ex-diretor financeiro da AIG foi responsável por práticas mortais para a companhia, como contratos em que a AIG ficava obrigada a prestar garantia caso a avaliação de segurança/confiabilidade de seus portfólios de investimento caísse, atestando que o investimento não era altamente seguro, ou quando a AIG pagou, sem sequer de contestar, bilhões em garantia ao grupo Goldman Sachs, prática nunca antes vista em Wall Street.

A empresa AIG foi uma das instituições resgatadas pelo governo norte-americano, após práticas que foram além de apostas financeiras de alto risco, chegando à omissão de informações para investidores e a mentiras sobre a natureza dos investimentos da companhia. A maior instituição de seguros dos Estados Unidos teria falido, não fosse o *bailout* feito pelo governo americano. A companhia recebeu o maior aporte de dinheiro feito pelo governo a uma única empresa individualmente. Cassano aposentou-se em 2008, recebendo mais de trezentos milhões em compensação; ele é tido como figura central da crise financeira americana, chamado de *paciente zero* da crise, mas seu comportamento ainda está sendo avaliado pelas autoridades que querem entender se houve apenas apostar altamente arriscadas ou crimes financeiros.

A falta de regulamentação do mercado mobiliários permitiu que situações extremas como a da AIG ocorressem. E a regra que faltava nesse complexo universo financeiro é sabida pelo mais comezinho homem de negócios: não se empresta dinheiro para fins de consumo a quem não tenha como pagar. As novas hipotecas eram feitas pelas famílias para consumir, para ter hoje, imediatamente, o último lançamento da indústria. O excesso de liquidez na economia americana criou condições de possibilidade para que os empréstimos continuassem a ser feitos, sem necessidade de comprovação de renda ou prestação de garantia.

Todos pareciam satisfeitos: as indústrias sempre vendendo mais, os consumidores sempre possuindo mais bens, as instituições financeiras criando investimentos cujo risco era negligenciado pelo mercado e que eram avidamente negociados no País. Até que os juros subiram, as dívidas, que já nasceram impagáveis pela condição em que foram criadas, foram executadas, as famílias perderam suas casas dadas em garantia, o preço das casas caiu drasticamente pelo aumento da oferta, as indústrias passaram a vender menos e a demitir como nunca, e os americanos viram-se agora desempregados e sem suas casas. Estava

instalada a maior crise desde 1929, fruto de apostas financeiras maquinadas em Wall Street, mas suas consequências dessa crise se deram muito longe de sua origem em Nova York.

Como um terremoto que deixa seu epicentro intacto, enquanto destrói tudo ao seu redor: é assim que Phill Angelides, diretor da FCIC, descreve a crise financeira. Em palestra ministrada na escola de direito da UCLA em fim de março de 2011, Angelides apresentou o documento produzido pela Comissão e deu suas impressões sobre a investigação. Após mais de duzentos depoimentos prestados à Comissão, tanto por diretores de instituições financeiras quanto por trabalhadores da indústria que perderam seu emprego e tiveram a hipoteca de sua casa executada, Angelides testemunha ele mesmo dizendo que nada mudou na rotina dos CEOs e analistas financeiros em Wall Street. Alguns deles se aposentaram com vultuosos bônus financeiros, outros mudaram de empresa e continuam a exercer cargos semelhantes. Mas pelo País afora, o aumento no nível de desemprego levou ao aumento de crimes contra o patrimônio, moradores de rua, alunos que abandonam a escola mais cedo para ajudar a família. Em todo o país observamos o fenômeno de filhos e avós voltando a morar na mesma casa com os pais, que são chamados de cidadãos em situação sanduíche, pois estão pressionados duplamente pela necessidade de sustentar de um lado os pais idosos aposentados, e de outro os filhos que retornam à casa dos pais depois de perderem seus empregos.

Nada mudou em Wall Street. As práticas predatórias continuam as mesmas, com falta de transparência (*accountability*) e pouca investigação das instituições financeiras pela SEC (*Securities Exchange Commission*). Talvez agora o cenário esteja ainda mais ameaçador, pois um número significativamente menor de instituições financeiras detém uma maior parcela dos investimentos norte-americanos. Bancos em pleno século vinte e um operam de maneira livre e amplamente desregulada, ou seja, com uma segurança comparável a que havia no século dezenove, quando o governo ainda não tinha tomado as lições das crises financeiras de 1907 e 1930. Mais importante: permanece a desregulamentação.

Em matéria de resgate governamental de empresas que enfrentam perigo de falência, a lei continua silente. Apesar de a conclusão número um da FCIC apontar que a crise foi fruto de decisões humanas erradas, ainda não houve um momento de reflexão que levasse a assunção de um novo discurso pelo governo norte-americano e as decisões dos diretores das grandes corporações continuam a

ser tomadas, diariamente, no sentido de obter o maior lucro às custas de práticas altamente arriscadas e aéticas. O ambiente extremamente competitivo do mercado financeiro, aliado à compensação por performance,²¹⁸ cria incentivos para que os agentes se comportem de forma aética e a pressão da competitividade leva a assunção de riscos nem sempre revelados aos investidores. Contudo, permanecendo inalterado o discurso que sustenta tanto a atitude dos diretores e administradores das grandes corporações, atitude que Bakan chama de "psicopata"²¹⁹, quanto da lei que é silente e nada demanda das empresas que venham a gozar de ajuda governamental quando em situação de crise, a estrutura de poder que levou à crise financeira norte-americana também permanecerá a mesma, de acordo com a violência simbólica obediente aos interesses dominantes.

Ao finalmente reconhecer a crise após ignorar seus sinais, o governo americano viu-se diante de uma escolha: intervir nas instituições financeiras a fim de manter o sistema e a confiabilidade no mercado, ou deixar que tais instituições falirem. A primeira escolha conteria os efeitos da crise às custas de dinheiro público, mantendo o *status quo*, enquanto a segunda decisão deixaria que as corporações arcassem sozinhas com a consequência de suas práticas que levaram à crise, o que geraria efeitos sistêmicos na economia. A escolha de intervir, injetar capital nos bancos e mantê-los funcionando, sem exigir praticamente nada em troca, mantém a estrutura econômica vigente, mesmo reconhecendo que ela não foi capaz de se sustentar autonomamente. A decisão de deixar o mercado se estabilizar sozinho, sem intervenção do governo, acarretaria a falência dos maiores bancos americanos e alteraria a economia de tal forma que uma nova estrutura teria que se formar.

A tensão entre continuidade e mudança na ordem social é abordada por Bourdieu. Para ele, uma das questões mais fundamentais sobre o mundo social é descobrirmos a razão pela qual e o modo como o mundo dura, preserva-se em seu ser, perpetua a ordem social e a estrutura dessa ordem que o constitui. É a "naturalidade" com que os dominados docilmente percebem a situação em que se encontram que faz com que a sociedade reproduza perpetuamente suas estruturas quase imutáveis e profundamente desiguais. É pela imposição arbitrária cultural de um *habitus* que todos os cidadãos norte-americanos que não se beneficiaram de

²¹⁸ O tópico "compensação por performance" e a teoria de Stout serão abordados no capítulo seguinte desse trabalho.

²¹⁹ BAKAN, Joel. **The Corporation** - The Pathological Pursuit of Profit and Power. New York: Free Press, 2004.

maneira direta e pessoal com a crise, ou seja, todos aqueles que não são os diretores e CEOs das instituições financeiras resgatadas pelo governo, aceitam passivamente perder seus empregos e suas moradias sem se rebelar. Mesmo sabendo que essas perdas ocorreram às custas da preservação de empresas que agiram comprovadamente sem respeito à mais elementar ética e contrariamente às leis e às expensas do dinheiro público, ou seja, dos dólares que eles mesmo contribuíram para o governo através do pagamento de tributos, mesmo assim os cidadãos não se rebelaram.

Bourdieu explica essa aceitação pacífica com o conceito de violência simbólica aqui estudado. Segundo o sociólogo francês, é a coincidência entre as estruturas mentais dos agentes dominados e das estruturas sociais que facilita as imposições culturais, tais como o emprego de dinheiro público para resgatar as maiores instituições financeiras do País, antes que houvesse avaliação do motivo pelo qual essas instituições chegaram ao estado falimentar. E depois da criação da FCIC e do conhecimento das práticas que levaram à bancarrota as instituições financeiras, sabendo-se que houve crimes financeiros de toda ordem e nos mais diversos níveis, que houve comportamento aético, que os diretores das empresas mentiam em suas declarações públicas, omitiam informações relevantes sobre as corporações, maquiavam balanços contábeis, ainda assim permanece a ajuda financeira, nenhum diretor é criminalmente condenado e não surge o questionamento acerca da legitimidade da atuação governamental, ou pelo menos tal questionamento não se difunde de forma suficiente para levar à desordem social.

A sociologia de Bourdieu, que pode ser chamada de sociologia da dominação, se interessa pela capacidade de reprodução do sistema social que é frontalmente desigual²²⁰ e no discurso que sustenta a violência simbólica. Ao estudar a ideologia econômica atual, o sociólogo francês afirma que há uma "inculcação simbólica", ou uma "imposição insidiosa", do discurso neoliberal que impregna a sociedade de tal forma que acaba por elevar esse discurso à condição de crença real e auto-evidente de que o neoliberalismo é inevitável.²²¹ É por estar incrustado na mentalidade dos indivíduos de forma estruturante que o discurso da

²²⁰ FRIDMAN, Viviana. *Domination In ABÉCÉdaire de Pierre Bourdieu* - Sous la Direction de Jean-Philippe Cazier. Les Éditions Sils Maria: Paris, 2006, p. 47.

²²¹ BOUDIEU, Pierre. *The Myth of "Globalization" and the European Welfare State. In Acts of Resistance - Against the Myths of our Time*. Cambridge: Polity Press, 1998, p. 29 e 30.

desregulação dos mercados e abandono crescente do papel do Estado na assistência social parece legítimo e resta inquestionado.

Na crise financeira de 2007 e na ausência de regulamentação do princípio da preservação da empresa está presente o discurso neoliberal. Conforme Bourdieu, tal discurso firma-se na exaltação da razão e da ciência, no caso a ciência econômica, para trazer de volta em sua maior potência o discurso capitalista liberal, com atuação livre dos agentes econômicos e intervenção mínima do Estado.

Ela [a revolução conservativa] estabelece como norma de todas as práticas e, portanto, como regra ideal, as reais regularidades do mundo econômico abandonado à sua própria lógica, a chamada lei do mercado. Ela ratifica e glorifica o reino que do que é chamado mercados financeiros, em outras palavras, o retorno a uma espécie de capitalismo, sem outra lei que não a do lucro máximo, um capitalismo desenfreado, sem qualquer disfarce, mas racionalizado, empurrado até o limite da eficácia econômica, através da introdução de modernas formas de dominação, como "administração de empresas", e técnicas de manipulação, tais como pesquisa de mercado e publicidade.²²²

Bourdieu entende a difusão do discurso neoliberal dos EUA para o resto do mundo, em especial para a Europa, como um processo de involução no discurso da função estatal²²³. Tanto a desregulação do princípio da preservação da empresa quanto as práticas radicais de capitalismo observadas na crise financeira americana de 2007 estão presentes no conteúdo do discurso neoliberal, que é tão somente "uma embalagem muito moderna das mais velhas ideias do mais velho capitalismo"²²⁴. Chamar a lei a dizer, ou mais concretamente, fazer com que a lei seja específica e clara quanto a que empresas podem ser preservadas pelo Estado é exigir regulação de condutas e atender ao preceito constitucional que comanda que as empresas devem atender à sua função social.

Apesar de ter restado claro com a crise financeira de 2007 que o discurso neoliberal encontrou seu limite e que a maior economia do mundo prosperava às

²²² Tradução livre: "It sets up as the norm of all practices, and therefore as ideal rules, the real regularities of the economic world abandoned to its own logic, the so-called law of the market. It ratifies and glorifies the reign of what are called financial markets, in other words the return to a kind of capitalism, with no other law than that of maximum profit, an unfettered capitalism without any disguise, but rationalized, pushed to the limit of its economic efficacy by the introduction of modern forms of domination, such as 'business administration', and techniques of manipulation, such as market research and advertising". BOURDIEU, Pierre. *The Myth of "Globalization" and the European Welfare State*. In **Acts of Resistance - Against the Myths of our Time**. Cambridge: Polity Press, 1998, p. 35.

²²³ BOURDIEU, Pierre. *The Myth of "Globalization" and the European Welfare State*. In **Acts of Resistance - Against the Myths of our Time**. Cambridge: Polity Press, 1998, p. 32.

²²⁴ BOURDIEU, Pierre. *The Myth of "Globalization" and the European Welfare State*. In **Acts of Resistance - Against the Myths of our Time**. Cambridge: Polity Press, 1998, p. 35.

custas empresas conduzidas sem ética, com registros contábeis adulterados e que seus diretores cometiam os mais diversos crimes contra a ordem financeira, o *bailout* de 2008 ratificou as condutas que levaram elas mesmas à crise ao preservar as empresas que agiram de forma ilícita. Esse aparente *nonsense* e a aceitação social da conduta governamental podem ser compreendidos, no entanto, se forem analisados como forma de discurso dominante próprio da violência simbólica de que nos fala Bourdieu.

Para lutarmos contra o mito de que o neoliberalismo é necessário, devemos retornar aos fatos. A justificativa do governo americano ao promulgar o EESA de que o *bailout* era imprescindível para restabelecer a confiança nos mercados financeiros. No entanto, as recentes investigações da SEC sobre o comportamento dos CEOs cujas administrações obtiveram maior sucesso para as empresas que gerenciavam sugerem que o crime de *insider trading* parece não ter ocorrido pontualmente, mas sim ser prática comum e disseminada especialmente no mercado financeiro e na condução do *hedge funds*. Os fatos mostram que o mercado tem sido conduzido de forma a não merecer a confiança do investidor individual.

Insider trading é crime financeiro que atenta especificamente contra a confiança no sistema financeiro. Aqueles que o cometem negociam valores mobiliários a partir de acesso a informações privilegiadas, não-públicas e, portanto, sabidas apenas por quem tenha conhecimento da vida e dos planos da empresa, e esses investidores obtiveram tais informações de forma ilícita. O acesso a "informações relevantes" relativas aos negócios e à situação da companhia conferem àquele que a possui grande vantagem sobre o público em geral de investidores, que tem conhecimento apenas das informações reveladas ao mercado pela corporação. Conforme ensina Lynn Stout, o grande dano do crime de *insider trading* é levar à quebra de confiança no mercado pela maioria dos investidores, que é despossuída dessas informações. Se todos são convidados a investir em empresas para obter lucros, mas alguns atores sabem muito mais que os outros sobre as empresas em que investem e sobre movimentos futuros dessas empresas, fica explícito que o jogo financeiro é jogado com forte assimetria de informações, ou seja, sem que todos os participantes estejam submetidos às mesmas regras.

O caso de *insider trading* envolvendo Raj Rajaratnam, fundador do *hedge fund* Galleon Group ilustra muito bem o porque o mercado não merecia mesmo ser depositário de confiança dos investidores em geral. Os lucros muito acima da média

obtidos pela companhia de Rajaratnam e suas estreitas ligações de amizade com diversos diretores e CEOs de grandes companhias levou à suspeita de *insider trading* pela SEC, que conduziu investigação contra ele e conseguiu que a promotoria americana o prendesse em 2009. As investigações da SEC sugerem que o segredo daquele que se tornou o guru da administração na Índia, fundando a escola de maior sucesso naquele País, e de sua brilhante condução do Galleon Group não foi baseada em princípios de boa gerência, tampouco em muito estudo do mercado, mas tão somente em bons amigos espalhados em mesas diretoras de companhias prósperas que lhe forneciam informações privilegiadas que guiavam suas ações.

Apesar de ter ocorrido de fato a prisão de Rajaratnam, essa foi a primeira prisão pelo crime de *insider trading* nos EUA em mais de quinze anos e constitui fato isolado. A explicação da pouca investigação e atuação contra crimes financeiros pode estar no fato de que a SEC minguou num parco orçamento e poucos funcionários por muito tempo, especialmente durante o governo George W. Bush. Agora que esse órgão regulador volta funcionar como deveria, os casos de *insider trading* têm aparecido aos montes, sugerindo que a falta de investigação e aplicação da lei criaram um ambiente permissivo e de incentivo a práticas de crimes do colarinho branco em Wall Street.

Desvelar o discurso contido no não-dito da lei e apontar o cinismo do mundo jurídico na aplicação das regras que ele mesmo cria é reconhecer a violência simbólica da lei. O exemplo do *bailout* americano vem a servir como uma luva para justificar a necessidade de estudarmos o princípio da preservação da empresa e evitarmos que o discurso da conservação da violência leve a práticas irrefletidas e conformes a estrutura dominante. A Constituição brasileira, ao inspirar-se na erradicação da pobreza, na marginalização e na redução das desigualdades sociais, bem como ao conferir à empresa uma função social, apregoa a mudança e não a continuidade a que se refere Bourdieu, e é de acordo com o discurso contido em nossa Lei Maior que devemos interpretar o princípio da preservação da empresa.

3.2 Escamoteação da linguagem

Esse capítulo gira em torno da interpretação da expressão “preservação da empresa”: seria escamoteação empregada pelo texto da Lei de Falência apenas para tornar o capitalismo mais palatável ou é possível haver sistema capitalista menos violento. Lançaremos as bases teóricas que culminarão em nossa resposta a tal pergunta, que está expressa na conclusão desse item da dissertação; não adentraremos no conceito de violência com o qual trabalhamos, pois este já foi tema exaurido no capítulo anterior. A questão proposta surge de dois estranhamentos que uma primeira leitura das ideias de “preservação” e “empresa” lado a lado pode causar. Em primeiro lugar, o intérprete que venha condicionado pelo pensamento de que a legislação de falência dedica-se exclusivamente a empresas “que não deram certo”, mal administradas ou inviáveis, pode razoavelmente questionar-se: “- Afinal, o que há para se preservar no contexto de bancarrota?”. Uma vez compreendido o objeto da preservação, o leitor pode indagar-se acerca da real necessidade de intervenção estatal durante o processo de recuperação judicial, com medidas e interpretações jurisdicionais direcionadas a preservar a empresa.

A resposta para a primeira questão já deve estar clara nesse estágio do estudo (vide capítulos sobre a “Delimitação do princípio da preservação da empresa”). Para esclarecer à segunda indagação, contudo, recorreremos essencialmente a três autores que, embora reflitam a partir de diferentes campos do saber, discorrem sobre os mesmos objetos: poder e empresa. Partiremos da filosofia com o método de análise reversa empregado por Michel Foucault em seus escritos sobre a história da governamentalidade, a fim de compreender as ideias de sociedade disciplinar e produção de discursos de verdade, bem como o interesse do Estado no comércio/empresa. Continuaremos pelos domínios da sociologia guiados por William G. Roy, integrando as ideias “poder”, “instituições” e “propriedade”, no intuito de compreender como houve a socialização do capital com o nascimento das corporações norte-americanas (sociedade, pessoa jurídica, empresa; forma empresarial algo equivalente às sociedades anônimas brasileiras²²⁵). Tornaremos ao

²²⁵ De acordo com Marcílio Moreira Castro, "A principal diferença entre as **corporations** e os outros tipos societários no direito norte-americano (*partnerships, unincorporated associations*) está no fato de as *corporations* terem personalidade jurídica própria e seus sócios serem responsáveis limitadamente" (**dicionário de direito, economia e contabilidade inglês-português**. 2. ed. S/ed Belo Horizonte: 2009). Apesar do conselho de se evitar traduzir o termo *corporation* por corporação, preferimos essa tradução no presente trabalho, para deixar claro que nos referimos especificamente a essa forma empresarial. Muitos autores preferem traduzir *corporation* por sociedade anônima - como Luis Peyser, primeiro jurista brasileiro a traduzir para o português um

mundo estritamente jurídico sob a luz do pensamento da professora Lynn A. Stout sobre a queda do paradigma da primazia da maximização da riqueza dos acionistas (*shareholder wealth maximization*).

3.2.1 Sociedade disciplinar, discurso de verdade e interesse do estado no comércio em Foucault

Muito embora Foucault discorra sobre temas em que o conceito de poder é imanente à discussão, o filósofo francês não aborda diretamente em qualquer de seus textos o que é o poder, sua definição. Estudando os sistemas de pensamento, Foucault delimita o desenvolvimento de suas ideias a um contexto de trabalho bastante específico: ele lida com problemas concretos, importantes para a sociedade europeia ocidental, especialmente no período do fim do século XVIII até a 2ª Guerra Mundial²²⁶. Ele se debruça em especial sobre a sociedade disciplinar - e o poder disciplinar que lhe é inerente, em análise metódica das instituições de reprodução desse poder disciplinar (família, escola, caserna e fábrica), identificando o auge dessa estrutura de sociedade no início do século XX.

Conforme veremos em Roy, a virada do século XIX para o XX é também o momento da revolução corporativa²²⁷, o tempo da fusão do mundo manufatureiro/industrial com o mundo do capital financeiro. A grande corporação e a produção em massa que surgem a partir da revolução corporativa norte-americana são simultaneamente fruto e expressão da sociedade disciplinar, objeto de estudo de Foucault. Analisando a sociedade disciplinar, o filósofo francês coloca a questão sobre quais regras de direito são implementadas pelas relações de poder na produção do discurso de verdade²²⁸, uma vez que toda estrutura de poder necessita de um discurso ou produção de verdades que a sustente²²⁹.

artigo de Lynn A. Stout.

²²⁶ Foucault debruçou-se sobre outros períodos históricos, como a sociedade greco-romana ou a Idade Clássica, mas manteve seu foco em problemas concretos da sociedade da Europa Ocidental.

²²⁷ A revolução corporativa é definida por William G. Roy e será abordada na sequência deste trabalho.

²²⁸ *My problem is rather this: what rules of right are implemented by the relations of power in the production of discourses of truth? Or alternatively, what type of power is susceptible of producing discourses of truth that in a society such as ours are endowed with such potent effects?* ("O problema é o seguinte: que regras de direito são implementadas pela relação de poder na produção dos discursos de verdade? Ou alternativamente, que tipo de poder é suscetível de produzir discursos de verdade que numa sociedade como a nossa são dotados com efeitos tão

A produção, a acumulação, a circulação e o funcionamento do discurso são estabelecidos pelas relações de poder que permeiam a sociedade disciplinar, bem como qualquer outro tipo de sociedade²³⁰. O poder institucionaliza a produção de discursos de verdade necessários à sua manutenção; no caso da sociedade disciplinar, podemos mencionar o discurso acadêmico/científico produzido na escola e o discurso do direito, produzido pelo próprio Estado, que é a versão do rei na sociedade disciplinar²³¹. Foucault emprega o modo de análise reversa ou análise indutiva, a fim de expor a dominação, tanto em seu aspecto latente quanto em sua brutalidade manifesta, de modo a demonstrar como o direito é instrumento de dominação e como o discurso jurídico põe em movimento as relações de jugo²³²

3.2.2 Sociedade disciplinar

-
- potentes?" - tradução livre). FOUCAULT, Michel. *Disciplinary Power and Subjection In Power – Readings in Social and Political Theory*. LUKES, Steve (org.) Nova York: NYU Press, 1986, p.229.
- ²²⁹ *There can be no possible exercise of power without a certain economy of discourses of truth Which operates through and on the basis of this association* . ("não pode existir exercício de poder sem certa economia de discursos de verdade que operam através e na base dessa associação" – tradução livre). FOUCAULT, Michel. *Disciplinary Power and Subjection In Power – Readings in Social and Political Theory*. LUKES, Steve (org.) Nova York: NYU Press, 1986, p.229.
- ²³⁰ *What I mean is this: in a society such as ours, but basically in any society, there are manifold relations of power which permeate, characterize and constitute the social body, and these relations of power cannot themselves be established, consolidated nor implemented without the production, accumulation, circulation and functioning of a discourse*. ("O que eu quero dizer é: numa sociedade como a nossa, mas basicamente em qualquer sociedade, há variadas relações de poder que permeiam, caracterizam e constituem o corpo social, e tais relações de poder não podem elas mesmas serem estabelecidas, consolidadas nem implementadas sem a produção, acumulação, circulação e funcionamento de um discurso" - tradução livre). FOUCAULT, Michel. *Disciplinary Power and Subjection In Power – Readings in Social and Political Theory*. LUKES, Steve (org.) Nova York: NYU Press, 1986, p. 229.
- ²³¹ De acordo com Foucault, a sociedade da soberania precedeu a sociedade disciplinar na Europa Ocidental, e uma das verdades de seu discurso sustentador era o poder divino do rei, substituído por discursos tais como o do contrato social e da legitimidade estatal na sociedade disciplinar em que a figura do Estado ocupou o lugar da figura real.
- ²³² *"My aim, therefore, was to invert it [the mode of analysis], to give due weight, that is, to the fact of domination, to expose both its latent nature and its brutality. I then wanted to show not only how right is, in a general way, the instrument of this domination – which scarcely needs saying – but also to show the extent to which, right (not simply the laws but the whole apparatuses, institutions and regulations responsible for their application) transmits and puts in motion relations that are not relations of sovereignty, but of domination*". ("Meu objetivo, portanto, é inverter isso [o modo de análise], dando peso devido ao fato da dominação, para expor ambas sua natureza latente e sua brutalidade. Então eu quero mostrar não só como o direito é, de forma geral, instrumento de dominação, o que escassamente precisa ser afirmado, mas também demonstrar em que medida o direito (não simplesmente a lei, mas o aparato jurídico como um todo, instituições e regulamentos responsáveis por sua aplicação) transmite e coloca em movimento relações que não são de soberania, mas de dominação" - tradução livre). FOUCAULT, Michel. *Disciplinary Power and Subjection In Power – Readings in Social and Political Theory*. LUKES, Steve (org.) Nova York: NYU Press, 1986, p. 231.

A sociedade disciplinar inicia-se com o governo de Napoleão na França, estendendo-se até a Segunda Guerra Mundial. A II Grande Guerra como marco final da sociedade disciplinar é proposta de Gilles Deleuze²³³, também filósofo francês, época em que se inicia a sociedade de controle ou de segurança, que seria terceiro momento na sequência histórica, iniciada pela análise de Foucault com as sociedades de soberania e de disciplina²³⁴. Foucault se vale da lógica do particular para construir sua visão do que é a sociedade disciplinar, debatendo o poder disciplinar, sem, contudo, jamais ambicionar uma teoria geral do poder²³⁵.

Ao valer-se da exterioridade ou a objetivação na abordagem do seu objeto de estudo, Foucault afasta-se da lógica daqueles que tomam as decisões, ou detêm o poder, concentrando-se no espectro da manifestação, da aplicação, o que é identificado por Habermas como desejo de “objetivismo irremediável”²³⁶. Através do exame dos mecanismos moleculares de manifestação de poder e não das grandes instituições grandes, Foucault explica os efeitos específicos do poder. Ele recorre a esse tipo de análise, pois entende que “o direito cede lugar à técnica, bem como a lei à normatização”²³⁷.

Foucault percebe que o indivíduo está em constante estado de confinamento físico na sociedade disciplinar e que nesses locais de claustro o poder disciplinar é exercido sobre ele a todo instante²³⁸. Tais espaços de clausura se iniciam na família, passando para a escola e depois para a fábrica, podendo estender-se ao hospital,

²³³ *Post-scriptum* sobre as sociedades de controle *In Conversações: 1972-1990*. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992, p. 219-226.

²³⁴ Foucault admirava o trabalho de seu contemporâneo acadêmico e sua precisão filosófica, tendo afirmado que “*Un jour, peut-être, le siècle sera deleuzien*” (“Um dia, talvez, o século será deleuziano” - tradução livre), pois creditava que a obra de Deleuze capturava a forma de pensamento atual.

²³⁵ Além do poder disciplinar, Foucault também desenvolve a ideia de biopoder. Do núcleo comum entre as ideias de poder disciplinar e biopoder, o poder-saber, Thamy Pogrebinski entende que é possível extrair-se da obra foucaultiana um teoria geral do poder baseada na noção de poder como produtividade, poder como produtor de conhecimento. Foucault, para além do poder disciplinar e do biopoder *In Lua Nova – Revista de Cultura e Política*. No. 63. São Paulo: CEDEC, 2004, p. 179-201.

²³⁶ “O Discurso filosófico da modernidade”. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002, p. 387 *Apud* POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, para além do poder disciplinar e do biopoder. *In Lua Nova – Revista de Cultura e Política*. No. 63. São Paulo: CEDEC, 2004, p. 182.

²³⁷ POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, para além do poder disciplinar e do biopoder. *In Lua Nova – Revista de Cultura e Política*. No. 63. São Paulo: CEDEC, 2004, p. 187.

²³⁸ Será que, saindo dessas instituições locais, regionais, pontuais que são os hospitais, as prisões, as famílias, não somos simplesmente remetidos a outra instituição, de sorte que só sairíamos da análise institucional para sermos intimados a entrar num outro tipo de análise institucional, ou num outro registro, ou num outro nível de análise institucional, precisamente aquele em que estaria em pauta o Estado?” FOUCAULT, Michel. **Segurança, território e população**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 159.

ao manicômio e à prisão. Em sua obra *História da Sexualidade*, primeiro volume, Foucault discorre sobre a família de forma incidental, mais uma vez sem preocupar-se com definições, mas salientando as formas discursivas que levaram à formação do conceito de família. Ele põe em prática as teorias freudianas (especialmente as contidas na obra *Três Ensaios Sobre a Teoria da Sexualidade*, Freud, 1905), mas não as endossa nem as rejeita frontalmente, pois, para o filósofo francês, o mais importante não é a verdade do argumento em si, mas "os mecanismos que levaram à produção dessa verdade e por que essa verdade foi produzida"²³⁹. Para Foucault, a família é analisada como primeira circunscrição física a que o sujeito está submetido, em que o poder disciplinar organiza primariamente a sexualidade, que, nesse espaço, está restrita ao quarto/cama dos pais²⁴⁰.

A escola é o próximo ambiente em que o indivíduo passa ser encerrado. O corpo permanece como lugar em que se inscreve a disciplina. Na escola, a posição das cadeiras foi especialmente pensada para a facilitar a imposição da disciplina pelo professor; a forma como os alunos devem se sentar para preservar a saúde da coluna é ditada; a conversa com o colega, a forma de abordar o mestre, o momento da concentração e do recreio são rígidos; e os horários de início e fim de cada dia letivo, bem como o tempo do ensino e da avaliação da aprendizagem, são fixos. Assim, na escola o espaço, os gestos, as atitudes, os movimentos e o tempo são programados para disciplinar os corpos, tornando-os dóceis e úteis para o próximo internato - a fábrica.

Para Deleuze, o projeto ideal dos locais de confinamento fica mais nitidamente visível nas fábricas. Ali há concentração dos indivíduos, com sua distribuição no espaço e concentração no tempo, a fim de compor no tempo-espaço força produtiva que tenha efeito de multiplicar o resultado que se alcançaria com a soma do emprego das forças individuais²⁴¹. As fábricas são mais um molde a que o indivíduo está submetido, e o discurso e a disciplina organizaram-se em torno desse

²³⁹ BERTANTE, Marcela Zaidem Carneiro. "A crítica foucaultiana de uma invenção freudiana" *In Científico*. Ano VII, v. II. Salvador, julho-dezembro 2007, p. 34.

²⁴⁰ "O casal legítimo e procriador dita a lei. Impõe-se como modelo, faz reinar a norma, detém a verdade, guarda o direito de falar, reservando-se o princípio do segredo. No espaço social, como no coração da moradia, como único lugar de sexualidade reconhecida, mas utilitário e fecundo: o quarto dos pais". FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I** – A vontade de saber. 17. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988, p. 09-10.

²⁴¹ *Post-scriptum* sobre as sociedades de controle. *In Conversações: 1972-1990*. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992, p. 219.

espaço para que lá se produza o máximo possível, o mais rapidamente possível, com os custos mais baixos que se pudesse operar - lógica da eficiência produtiva.

Aos que não se encaixavam no modelo da fábrica, restavam o hospital, o manicômio ou a prisão. Afinal, aquele que não produz ou está doente, é louco ou delinquente. Foucault inclina-se sobre esses locais de disciplina dos marginais em diversas obras, destacando-se *História da loucura na idade clássica* (1961), *O poder psiquiátrico* (1973-1974) e *Vigiar e punir* (1975). A internação como medida "natural" para o louco e para o detento advém do discurso de verdade da loucura como ciência e do poder repressivo do Estado como lei. A disposição física e tática do local do manicômio e da prisão assemelha-se, garantido o poder disciplinador encarnado pelo médico e pelo Estado - muros, grades; quartos, celas; guardas, enfermeiros; ajudantes, polícia.

3.2.3 Discurso de verdade e interesse do estado no comércio em Foucault

Na obra *Segurança, território, população* (1977-1978), Foucault sonda a governamentabilidade. Esta "seria para o Estado o que as técnicas de segregação eram para a psiquiatria, o que as técnicas de disciplina eram para o sistema penal, o que a biopolítica era para as instituições médicas?"²⁴². Ao examinar o que ele chama de "a história dos cereais", Foucault nos leva a compreender o discurso de verdade por detrás do interesse do Estado no período mercantilista e a mudança ocorrida com a vitória da verdade fisiocrata ou liberal. Ele descreve os sistemas de pressões, os objetivos estatais e as concepções de economia em cada momento²⁴³.

Durante a fase mercantilista, o foco era a escassez alimentar e como controlá-la, a fim de evitar revoltas populares. A escassez alimentar era vista como a sorte, a fortuna, em seu estado puro; as intempéries naturais sobre as quais absolutamente não se tem controle, que eram compreendidas também como consequência/castigo da má natureza do homem²⁴⁴. O sistema legal e de regulamentos visava prevenir a escassez através da limitação de preços, estocagem, circulação, importação/exportação e extensão do cultivo, funcionado

²⁴² FOUCAULT, Michel. **Segurança, território e população**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.162.

²⁴³ FOUCAULT, Michel. **Segurança, território e população**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 39-72.

²⁴⁴ FOUCAULT, Michel. **Segurança, território e população**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 41.

como sistema de pressões sobre camponeses e comerciantes, determinando o momento, a quantidade e a qualidade da sementeira, bem como a venda, os preços e o trânsito²⁴⁵. Foucault aponta como objetivo do pensamento mercantilista a venda dos alimentos ao mais baixo preço possível, de forma que os camponeses tenham o menor lucro e a população das cidades se alimente ao preço mais baixo possível, gerando como consequência salários mais baixos possíveis²⁴⁶.

O mercantilismo foi o grande princípio político que dominou a Europa Ocidental do início do século XVII ao início do século XVIII. Não foi a primeira vez que se empregou tal sistema, tampouco foi inédita sua inutilidade, uma vez que essa política do preço mais baixo possível expõe a população à escassez alimentar²⁴⁷. Isso ocorre pois instala-se um ciclo em que o camponês, tendo lucro ínfimo ou igual ao custo de produção, vê-se sem fundos suficientes para o próximo plantio, diminuindo a plantação. A lógica é: quanto menos lucros os agricultores obtinham, menos podiam semear no ano seguinte. O plantio escasso somado a eventuais irregularidades no tempo levavam à produção insuficiente e às recedidas revoltas populares.

Procurando "destravar esse sistema"²⁴⁸, ganha espaço uma nova concepção de economia e de análise econômica: a doutrina fisiocrata. A liberdade de comércio e de circulação de cereais é a nova opção política como programação de regulação econômica, que vem acompanhada de um período de mudanças técnicas e instalação do que Foucault chama de dispositivos de segurança²⁴⁹. Ocorre uma mutação nas técnicas de poder que caracteriza as sociedades modernas²⁵⁰.

A escassez deixa de ser entendida como um mal, não é mais essencialmente a má-fortuna, mas fenômeno natural e inclassificável em termos morais como bom ou ruim²⁵¹. O cerne da análise é o mercado, preço do produto e avaliação da oferta e da demanda, mas a unidade de análise deixa de ser o binômio escassez-carestia e passa a ser o cereal e o que pode suceder com o cereal, bem como as leis que interferirão no destino assim por dizer do cereal. "É muito mais a

²⁴⁵ FOUCAULT, Michel. **Segurança, território e população**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 42-43.

²⁴⁶ FOUCAULT, Michel. **Segurança, território e população**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 43.

²⁴⁷ FOUCAULT, Michel. **Segurança, território e população**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 44.

²⁴⁸ FOUCAULT, Michel. **Segurança, território e população**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 44.

²⁴⁹ FOUCAULT, Michel. **Segurança, território e população**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 45.

²⁵⁰ FOUCAULT, Michel. **Segurança, território e população**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 45.

²⁵¹ FOUCAULT, Michel. **Segurança, território e população**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 48.

realidade do cereal do que o medo da escassez alimentar que vai ser o acontecimento que vamos procurar entender"²⁵²: é a transição do discurso de verdade mercantilista para o fisiocrata. Abandona-se o sistema jurídico disciplinar em favor do dispositivo de segurança que age na oscilação abundância/escassez, e não mais tentando impedir previamente a realidade²⁵³.

Permite-se aumento do preço do cereal, renunciando-se à política do menor preço possível. Essa política em certo sentido liberal permite a extensão das áreas de cultivo nos períodos de abundância, aumentando as chances da safra subsequente ser farta, o que levará automaticamente a diminuição nos preços no ano seguinte, fazendo com que os preços se estabilizem e diminua a probabilidade de escassez alimentar²⁵⁴. A freada da escassez é obtida por um certo *laissez-faire*, *laissez-passer et laissez-aller*, deixar que se faça, deixar que passe e deixar as coisas andarem, com a autofrenagem, auto-regulação, dos mercados, ainda que esteja incluída no cálculo eventuais mortes por fome, que não serão mais, no entanto, maciças como no sistema anterior²⁵⁵.

A censura, ou proibição, sai do interior do poder real, como era costume no mercantilismo, e instala-se no interior do próprio saber-poder, no interior da gestão econômica fisiocrata²⁵⁶. Tal ideologia da liberdade, como Foucault a denomina²⁵⁷, foi importante condição de desenvolvimento de formas modernas ou capitalistas de economia²⁵⁸. Notemos que a liberdade que se implantou no século XVIII deve ser compreendida no interior do sistema de poder, sendo correlato dos dispositivos de segurança, em nada antagonizando com os espaços de confinamento físico dos corpos, também típico dessa época. Isso porque a liberdade de que aqui se fala é a

²⁵² FOUCAULT, Michel. **Segurança, território e população**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 48.

²⁵³ FOUCAULT, Michel. **Segurança, território e população**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 48.

²⁵⁴ FOUCAULT, Michel. **Segurança, território e população**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 49-51.

²⁵⁵ FOUCAULT, Michel. **Segurança, território e população**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 55.

²⁵⁶ FOUCAULT, Michel. **Segurança, território e população**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 56.

²⁵⁷ FOUCAULT, Michel. **Segurança, território e população**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 63.

²⁵⁸ "This new type of power, which can no longer be formulated in terms of sovereignty, is, I believe, one of the great inventions of bourgeois society. It has been a fundamental instrument in the construction of industrial capitalism and of the type of society that is its accompaniment. This non-sovereign power, which lies outside the form of sovereignty, is disciplinary power". ("Esse novo tipo de poder, que não pode mais ser formulado em termos de soberania, é, eu creio, uma das grandes invenções da sociedade burguesa. Ele tem sido instrumento fundamental na construção do capitalismo industrial e do tipo de sociedade que o acompanha. Tal poder não-soberano, que se assenta fora da soberania, é o poder disciplinar" - tradução livre). FOUCAULT, Michel. *Disciplinary Power and Subjection In Power – Readings in Social and Political Theory*. LUKES, Steve (org.) Nova York: NYU Press, 1986, p. 239.

supressão de privilégios pessoais, com possibilidade de movimento e circulação de pessoas e de coisas²⁵⁹. Renuncia-se à natureza divina dos homens, passando-se à liberdade dos homens; instala-se uma física de poder que pressupõe a liberdade de cada um como algo passível de se deter, como uma tecnologia de poder²⁶⁰.

Vemos, portanto, que o interesse do Estado no comércio, tanto da fase mercantilista quanto no período do pensamento fisiocrata, concentra-se na governamentabilidade da segurança e da população. O discurso de verdade que suporta cada tecnologia de poder encerra fundamentos de percepção intelectual que constituirão o paradigma²⁶¹ para o desenvolvimento de segurança, lei e disciplina de cada período histórico. A relação do Estado com o comércio estrutura-se com este último sendo instrumento de governamentabilidade, o ato de governar sendo a sustentação que assegura a subsistência do próprio Estado. Em analogia entre o poder estatal e o poder pastoral, podemos dizer que o Estado, assim como o pastor, assume posição de servir como intermediário entre a população e a salvação, ou entre o rebanho e o alimento; ou, mais precisamente²⁶², em comparação de semelhança entre o Estado e o tecelão, podemos dizer que o Estado, assim como a arte do tecelão, "só pode se desenvolver a partir e com ajuda de certo número de ações adjuvantes ou preparatórias"²⁶³, e o comércio estaria para o Estado nesse modelo assim como o tosquio da lã está para a tecelagem.

3.3 Poder instituição e propriedade: requisitos da socialização do capital em roy

Historiadores que relatam o surgimento das corporações (algo semelhante às S.A.s na legislação brasileira) nos Estados Unidos associam tal forma de organização empresarial à virada do século XIX para o XX e à industrialização

²⁵⁹ FOUCAULT, Michel. **Segurança, território e população**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 63-4.

²⁶⁰ FOUCAULT, Michel. **Segurança, território e população**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 64.

²⁶¹ O termo "paradigma" é empregado aqui no sentido que lhe dá Thomas Kuhn em "Estruturas das Revoluções Científicas" (1962).

²⁶² Foucault afirma que a arte do Estado não é a arte do pastor, mas a do tecelão (**Segurança, território e população**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 194). Entendemos que ambas as metáforas são válidas e ilustram bem o papel estatal, sendo a metáfora do tecelão apenas mais completa e capaz de abranger mais momentos do processo de governo.

²⁶³ FOUCAULT, Michel. **Segurança, território e população**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 194.

crescente. Há unanimidade no entendimento de que a corporação, tal como a conhecemos hoje em dia, faz parte do conjunto de fenômenos que mudaram a forma de vida, de uma sociedade rural, agrária, local, de pequena escala e com relações individuais, para uma sociedade urbana industrial, global, de larga escala e com relações entre organizações; da propriedade empresarial individual ou familiar, concentrada em poucas pessoas, para a propriedade empresarial nas mãos da própria pessoa jurídica da corporação²⁶⁴, em que uma multiplicidade de pessoas possuem ações²⁶⁵. Roy entende que a corporação na forma atual moldou-se a partir do encontro institucional das formas e práticas empresariais individuais, ou mundo da manufatura, com a forma mais dinâmica e especulativa do mercado mobiliário (*security market*), ou Wall Street, o mundo do capital financeiro, resultando na revolução corporativa, a que o sociólogo equipara às revoluções francesa, russa e chinesa²⁶⁶.

Margareth M. Blair, em seu trabalho *“Locking in Capital: What Corporate Law Achieved for Business in the Nineteenth Century”*²⁶⁷ (“Prendendo capital: o que a lei corporativa empresarial fez pelos negócios no século dezenove”, tradução livre), descreve de forma algo semelhante o nascimento das corporações nos EUA²⁶⁸. Assim como Roy, Blair nos lembra da importância da indústria ferroviária na gênese da forma corporativa na América na transição do século XIX para o XX, mas aponta as Companhias das Índias (holandesa e britânica), ainda no começo do século XVII, como o marco inicial na forma corporativa, através das *“chartered joint stock companies”* (joint-stocks organizadas com estatutos sociais algo equiparáveis

²⁶⁴ Apesar de Roy entender que os acionistas são “donos” ou possuem a corporação como entidade econômica, o que fica claro na assertiva *“The large publicly traded corporation transformed the organization of ownership so that economic entities were each owned by many individuals rather than a few, and many individuals owned pieces of many units”* (p. 6), (“A grande sociedade de capital aberto transformou a organização da propriedade de forma que muitas pessoas individualmente, e não mais poucas pessoas, possuíam entidades econômicas, e muitos indivíduos possuíam muitas unidades”, tradução livre), ficamos com a posição de Stout que é juridicamente mais acertada. Entendemos que as corporações são pessoas jurídicas com existência própria e diferente das pessoas dos acionistas, e estes possuem ações da companhia e não a corporação em si.

²⁶⁵ ROY, William G. *Socializing Capital – The Rising of the Large Industrial Corporation in America*. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 3-4.

²⁶⁶ ROY, William G. *Socializing Capital – The Rising of the Large Industrial Corporation in America*. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 3-4.

²⁶⁷ *UCLA Law Review*, V. 51, N. 387. Los Angeles: UCLA Press, 2003, p. 387-455.

²⁶⁸ A professora da escola de direito de Vanderbilt mostra a evolução das estruturas legais das empresas, o que podemos entender como adequação do poder e de sua manutenção ao discurso de cada época, que muda a forma de organização jurídica conforme o paradigma vigente, sem, contudo, sofrer alteração em sua essência de dominação, subordinação e violência (mais a respeito de poder e subordinação no item seguinte sobre Foucault).

aos das S.A.s), com ações negociadas com o público e garantia de existência perpétua²⁶⁹. Blair e Roy, contudo, divergem explicitamente quanto à ideia de concentração de capital, pois Roy acredita que tal argumentação funcionalista (*functionalist reasoning*) não explica o surgimento das corporações; para ele, o processo de nascimento das corporações levou à proletarização de muitos capitalistas. Blair, por sua vez, destaca a necessidade de grande quantidade de capital fixo, estável ou preso, na pessoa jurídica da corporação para que os fundadores (*promoters*) da companhia obtivessem os recursos necessários para o desenvolvimento do negócio. Para reunir tal capital, os fundadores vendiam a ações da corporação a grande número de interessados em investir, sendo que tais acionistas teriam direito à ação em si e não à propriedade da pessoa jurídica, muito menos ao controle/gerência dos negócios²⁷⁰. Três fortes razões levaram ao crescente número de constituição dos negócios sob a forma corporativa (*incorporations*):

- a) Criar patrimônio da pessoa jurídica totalmente separado do patrimônio dos acionistas;
- b) Isentar a corporação das leis relativas às *partnerships* (forma societária bastante semelhante às sociedades simples do atual Código Civil brasileiro);
- c) Garantir reconhecimento legal do nome corporativo e da existência perpétua da corporação²⁷¹.

Curiosamente, as primeiras corporações norte-americanas tinham caráter *quasi* governamental, de agência governamental como extensão do poder estatal ou de concessionária de serviço público. Isso porque o objeto das corporações de capital aberto concentrava-se em setores tipicamente estatais de infra-estrutura para transporte, notadamente as estradas de ferro, além de comunicação e finanças. No ano de 1890, portanto às vésperas do que Roy chama de revolução corporativa, menos de dez corporações tinham suas ações negociadas em bolsas de valores e a

²⁶⁹ *Locking in Capital: What Corporate Law Achieved for Business Organizers in the Nineteenth Century*. In **UCLA Law Review**, V. 51, N. 387. Los Angeles: UCLA Press, 2003, p. 414.

²⁷⁰ BLAIR, Margareth. *Locking in Capital: What Corporate Law Achieved for Business Organizers in the Nineteenth Century*. In **UCLA Law Review**, V. 51, N. 387. Los Angeles: UCLA Press, 2003, p. 416.

²⁷¹ BLAIR, Margareth. *Locking in Capital: What Corporate Law Achieved for Business Organizers in the Nineteenth Century*. In **UCLA Law Review**, V. 51, N. 387. Los Angeles: UCLA Press, 2003, p. 420-421.

maioria delas pertencia ao ramo ferroviário. Nas palavras do próprio Roy: “O mundo da manufatura e o mundo do capital financeiro eram institucionalmente distintos. Investidores consideravam manufaturas investimentos muito arriscados e industriais resistiam em entregar o controle de seus negócios à terceiros”²⁷². Mas a fusão dos mundos industrial e do capital financeiro fizeram com que a forma corporativa passasse a ser a estrutura dominante adotada pelas grandes empresas, o que fica claramente expresso no salto dos valores das ações de corporações negociadas em bolsas de valores: de 33 milhões em 1890 para 6,8 bilhões em 1904, número este que correspondia a mais da metade de valor patrimonial das ações de todas as corporações estadunidenses²⁷³.

Sobre as transformações causadas pelas corporações no mundo industrial que se firmava, a análise varia de acordo com a perspectiva sob a qual se vê os fatos. Os gerencialistas (*managerialists*) focam na organização interna das corporações como fator explicativo para a ascensão da forma corporativa, ao passo que os historiadores da tecnologia afirmam que as técnicas de produção em massa empregadas pelas corporações graças ao acúmulo de capital foi o cerne da revolução corporativa²⁷⁴. Historiadores dos negócios destacam as fusões de negócios que resultaram na formação de grandes corporações, enquanto sociólogos e historiadores sustentam que a disseminação da forma corporativa fez parte do contexto de transformações, ou mesmo revolução, nas grandes instituições sociais pela qual passava a sociedade na virada do século XIX para o XX²⁷⁵. Sociólogos organizacionais enfatizam a estrutura de poder inerente à forma corporativa como primordial; já sociólogos marxianos analisam as relações de classe e o processo produtivos próprios das corporações²⁷⁶. Roy finca sua tese sobre o significado e a natureza da ascensão da forma corporativa em dois aspectos centrais:

²⁷² ROY, William G. **Socializing Capital** – *The Rising of the Large Industrial Corporation in America*. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 4. Tradução livre. No original: “*The world of manufacturing and the world of of finance capital were institutionally distinct. Investors considered manufacturings too risky and industrialists resisted surrendering control to outsiders*”.

²⁷³ ROY, William G. **Socializing Capital** – *The Rising of the Large Industrial Corporation in America*. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 4-5.

²⁷⁴ ROY, William G. **Socializing Capital** – *The Rising of the Large Industrial Corporation in America*. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 5-6.

²⁷⁵ ROY, William G. **Socializing Capital** – *The Rising of the Large Industrial Corporation in America*. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 6.

²⁷⁶ ROY, William G. **Socializing Capital** – *The Rising of the Large Industrial Corporation in America*. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 6.

- a) Mudança de forma e de organização da propriedade privada, no contexto das instituições políticas e econômicas;
- b) A questão do poder como explicação central na organização econômica, e não a teoria da eficiência como sustentado por muitos²⁷⁷.

Ao definir o conceito de poder com que trabalha, entretanto, Roy não recorre a Foucault²⁷⁸, como foi nossa escolha no presente estudo, e sim a Max Weber²⁷⁹, diretamente, e a Robert Dahl, indiretamente, ao referir-se ao poder comportamental (*behavior power*)²⁸⁰. A definição de poder pode, a princípio, parecer auto-evidente, mas diversos conceitos podem ser firmados razoavelmente. Marx distingue os modos de produção pré-capitalistas e capitalistas quanto à força coercitiva imposta anteriormente (escravidão e vassalagem) para obtenção da mão de obra, enquanto, no modelo capitalista, os trabalhadores vendem "livremente" sua mão de obra. O poder na era capitalista, assim, reside na exclusão de escolhas daqueles que nada têm para vender a não ser sua mão de obra em ato de escolha apenas superficialmente livre, porém violentamente determinado pela estrutura. Weber, poder é a habilidade de um ator impor sua vontade sobre outro apesar da resistência deste. Na medida em que enfatiza os elementos de "intenção" ou "vontade", o conceito weberiano de poder é semelhante ao de Bertrand Russel²⁸¹, para quem poder é a produção de efeitos desejados. Divergem os conceitos de Weber e Russel, todavia, uma vez que Weber trabalha mais a noção de capacidade de realizar a vontade, e não na realização em si, e acrescenta a ideia de resistência do outro, seja de fato ou potencial, como relevante ao conceito de poder. Ao pensar sobre o outro, o dominado ou o objeto do poder, a visão weberiana bordeja a foucaultiana, que, por sua vez, analisa a violência, a sujeição ou a dominação nas manifestações reais e efetivas do poder, notadamente o controle social da

²⁷⁷ ROY, William G. **Socializing Capital** – *The Rising of the Large Industrial Corporation in America*. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 6.

²⁷⁸ Nas referências do trabalho de William Roy não consta qualquer obra de Foucault, tampouco Roy menciona as teorias de poder foucaultianas direta nem indiretamente.

²⁷⁹ ROY, William G. **Socializing Capital** – *The Rising of the Large Industrial Corporation in America*. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 13-14 e 259-265.

²⁸⁰ Dahl define poder como quantidade de controle sobre o comportamento (*amounts to the control of behavior*). *Power as Control of Behavior In Power – Readings in Social and Political Theory*.

LUKES, Steve (org.) Nova York: NYU Press, 1986, p. 37-58.

²⁸¹ *The Forms of Power In Power – Readings in Social and Political Theory*. LUKES, Steve (org.) Nova York: NYU Press, 1986, p. 19-27.

sexualidade (criança, mulher e certos grupos sociais marginais), o sistema penal/prisional (detentos), o sistema manicomial ou de definição médica do anormal (loucos) e o sistema estatal ou de governamentalidade (soldados)²⁸².

Tornando à ideia de poder em Roy, este acrescenta uma segunda dimensão ao conceito weberiano de poder - a noção de influência do ambiente na determinação da vontade do sujeito detentor de poder. Ele denomina essa noção de poder estrutural (*structural power*), explicando-a como sendo a influência do contexto sobre a decisão do indivíduo que possui o poder e como essa decisão volta a afetar o contexto das futuras decisões que serão tomadas²⁸³. Assim, o poder opera estruturando as escolhas com as quais um ator racional se depara e as consequências das ações individuais daqueles que não detêm poder, estando, portanto, a escolha racional dos atores conforme a teoria da eficiência no sentido de maximizar a utilidade de suas escolhas indelevelmente, que estão subordinada à estrutura de poder²⁸⁴.

Aplicando as duas dimensões propostas por Roy ao contexto de poder da época do nascimento das corporações como estrutura empresarial dominante, podemos compreender da seguinte forma a escolha racional dos empresários individuais em mudar a estrutura de seus negócios para a forma corporativa. Boa parte das corporações surgidas na revolução corporativa norte-americana originou-se de fusões de pequenos e médios negócios familiares e individuais. Os indivíduos e as famílias empresárias trabalharam de maneira dura e com suas próprias mãos e esforços na construção de suas empresas, e agora entregavam o controle e a gerência da empresa a mesas diretoras compostas por homens de negócio a quem nem sempre conheciam pessoalmente. A teoria da eficiência explica tal fenômeno ao evidenciar o fato de que os resultados das fusões, economia de escala e

²⁸² Foucault estuda as instituições por excelência da modernidade - escola moderna, prisão, hospital, hospital psiquiátrico e fábrica, em suas obras "Arqueologia do saber", "História da sexualidade", "História da Loucura na idade clássica", "O poder psiquiátrico", "Vigiar e punir".

²⁸³ ROY, William G. **Socializing Capital – The Rising of the Large Industrial Corporation in America**. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 13. O autor ilustra a situação com o seguinte exemplo: "For example, an employer that hires sociology majors rather than economic majors structures the consequences of choosing a major and is exercising power over students deciding on a major" ("Um empregador que contrata graduados em sociologia ao invés de graduados em economia estrutura as consequências de se escolher um curso de graduação e exerce poder sobre a decisão de estudantes em relação a que curso superior escolher", tradução livre). ROY, William G. **Socializing Capital – The Rising of the Large Industrial Corporation in America**. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 13.

²⁸⁴ ROY, William G. **Socializing Capital – The Rising of the Large Industrial Corporation in America**. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 13.

incremento da tecnologia produtiva, levaram à inviabilidade ou perda significativa da competitividade dos negócios organizados local e individualmente; daí a escolha racional do indivíduo foi a de entrar no processo de fusões. Roy, contudo, questiona que alternativa teriam tais empresários individuais ao resistir à corrente de fusões – certamente tal empresário ver-se-ia no cenário de concorrência com corporações capazes de oferecer o mesmo produto que ele a preços mais baixos. Logo, a estrutura institucional fez com o empresário individual no auge da revolução corporativa estadunidense cedesse à onda de fusões; em outras palavras, a influência no cenário empresarial das muitas corporações que primeiramente organizaram-se em empresas de escala nacional, ou mesmo internacional, exerceu influência/poder sobre a decisão dos demais empresários. A sequência de decisões anteriores à revolução corporativa (Roy aponta como marco o ano de 1899), tomada pelos empresários detentores de poder nos mais diversos setores, levou a uma estrutura institucional de poder tal que deixou sem alternativas viáveis a futura decisão de outros empresários – notadamente após o ano de 1899²⁸⁵.

A concepção de Roy em muito se assemelha à proposição de Pierre Bourdieu acerca das estruturas estruturantes e poder simbólico²⁸⁶ (tratados em capítulo anterior deste estudo). Nas palavras de Roy: “Como sistema de relação de propriedades moldado pela dinâmica do poder, as corporações operaram dentro e ajudaram a constituir a instituição social”²⁸⁷. A análise de Roy é, portanto, a própria “atividade de isolar cada produção simbólica”²⁸⁸, conforme Bourdieu, ou uma “leitura *tautegórica*”²⁸⁹ da estrutura de poder imanente ao universo empresarial. Roy segue sua agenda de pesquisa propondo questões tais como: quem tomou as decisões que criaram as grandes corporações; que escolhas eles tinham; em que medida a racionalidade, a influência social e outras lógicas de tomada de decisão moldaram essas decisões; quem estruturou as escolhas alternativas e as consequências

²⁸⁵ ROY, William G. **Socializing Capital – The Rising of the Large Industrial Corporation in America**. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 13-14.

²⁸⁶ **Poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009, em especial o capítulo 1: “Sobre o poder simbólico”, p. 7-16.

²⁸⁷ Tradução livre: “As a system of property relations shaped by the dynamics of power, corporations operated within and helped constitute a social institution” (“Como sistema de relações de propriedade moldado pela dinâmica de poder, as corporações operam dentro e ajudam a constituir a instituição social” - tradução livre). ROY, William G. **Socializing Capital – The Rising of the Large Industrial Corporation in America**. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 14.

²⁸⁸ **Poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009, em especial o capítulo 1: “Sobre o poder simbólico”, p. 9.

²⁸⁹ **Poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009, em especial o capítulo 1: “Sobre o poder simbólico”, p. 9.

dessas alternativas a serem enfrentadas; e como as escolhas, uma vez tomadas, criaram alternativas e consequências para os demais atores²⁹⁰. A análise de Roy, portanto, é descendente, e não ascendente como a de Foucault.

Trabalhando com as noções de instituição, poder e propriedade, Roy sustenta três proposições que evidenciam a relação social imanente entre tais conceitos, a saber:

- a) O poder institucionaliza a propriedade;
- b) A propriedade institucionaliza o poder;
- c) O poder e a propriedade moldam as instituições.²⁹¹

Seu objetivo é explanar como as corporações operavam (operam) dentro do sistema de relações de propriedades moldado pela dinâmica do poder²⁹². Roy define instituições como categorias dadas, matrizes de organização, que podem ser analisadas a partir: (i) das perspectivas de categorias e práticas que impõem; (ii) distintos campos organizacionais que formam; e (iii) categorias culturais que definem. A corporação, como instituição estruturante de categorias, criou o padrão de autoridade até hoje vigente de divisão de autoridade e hierarquia entre diretores, gerentes e trabalhadores da companhia. A corporação criou o campo organizacional que abrange indústrias e estradas de ferro, bem como mercado de ações, bancos de investimento, corretagem imobiliária entre outros. Como realidade cultural, a corporação tornou “real” o conceito hoje dado de “mundo corporativo”, assim como temos o mundo médico, o mundo educacional, o mundo político e o mundo da mídia de massa como realidades²⁹³.

Observando sucintamente as três proposições de Roy que interligam poder, instituição e propriedade, podemos compreender o papel do Estado no nascimento da corporação.

²⁹⁰ ROY, William G. **Socializing Capital** – *The Rising of the Large Industrial Corporation in America*. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 14.

²⁹¹ *Power institucionalizes property*; “*Property institucionalizes power*”; “*Power and property shape institutions*”. ROY, William G. **Socializing Capital** – *The Rising of the Large Industrial Corporation in America*. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 16-7.

²⁹² ROY, William G. **Socializing Capital** – *The Rising of the Large Industrial Corporation in America*. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 14.

²⁹³ ROY, William G. **Socializing Capital** – *The Rising of the Large Industrial Corporation in America*. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 14-15.

3.3.1 O poder institucionaliza a propriedade

O Estado faz valer (*enforces*) direitos, obrigações e direitos subjetivos (*entitlements*) tendo em vista objetivos determinados pelas relações de poder e conforme os moldes institucionais vigentes²⁹⁴. Mudanças legislativas são realizadas pelos detentores de poder de forma a criar base legal para o desenvolvimento institucional da corporação, afastando os impedimentos existentes para as *partnerships* (forma societária bastante próxima à sociedade simples do vigente Código Civil). Uma vez que a relação entre poder, propriedade e instituição é reflexiva e histórica, é de se esperar que tais mudanças institucionais/legislativas ocorram primeiramente em jurisdições em que a estrutura de poder seja tal que exerce maior pressão, ou crie cenário mais influente de poder, na sociedade. No caso dos Estados Unidos, o Estado de Nova Jérsei gozava de maneira proeminente dos benefícios e lucros trazidos pelas corporações que se formavam em torno das ferrovias, sendo, daí, o primeiro a realizar as mudanças institucionais/legislativas que propiciaram o pleno desenvolvimento da forma corporativa²⁹⁵. O Estado de Ohio, no outro extremo do espectro, manteve legislação estrita com relação à prestação de contas das corporações, constituindo cenário jurídico/institucional que afastava a instalação de corporações, enquanto a Pensilvânia adotou o caminho do meio e entre os dois primeiros, que são estudados por Roy como os dois pólos legislativos/institucionais no favorecimento do surgimento das corporações²⁹⁶. “[...] o exercício do poder institucionalizou um conjunto de relações de propriedade que se tornaram o contexto dentro do qual o poder foi exercido para receber as novas relações dentro das relações institucionais do capital corporativo”²⁹⁷.

²⁹⁴ ROY, William G. **Socializing Capital – The Rising of the Large Industrial Corporation in America**. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 15.

²⁹⁵ No ano de 1909, o Estado de Nova Jérsei aprovou legislação para incorporação (constituição do estatuto social de uma corporação) que permitia a criação de *holdings companies* e passou a ser o Estado sede da incorporação dos negócios de John D. Rockefeller, industrial estadunidense magnata do petróleo tido como o homem mais rico de todos os tempos.

²⁹⁶ ROY, William G. **Socializing Capital – The Rising of the Large Industrial Corporation in America**. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 19.

²⁹⁷ “[...] exercise of power institutionalized a set of property relationships that became the context within which power was exercised to embed new property relations within the institutional relations of corporate capital” (tradução livre). ROY, William G. **Socializing Capital – The Rising of the Large Industrial Corporation in America**. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 16.

3.3.2 A propriedade institucionaliza o poder

Aqueles que detêm poder contam com instituições que refletem reproduzem seus interesses, logo não precisam impor novas regras no contexto institucional a todo momento, pois, tendo em vista que o poder é conceito estrutural em Roy, seu poder emergiu em cenário institucional voltado à continuidade da prevalência desse poder. As novas relações que emergem entre os acionistas e a mesa diretora das corporações na virada do século XIX para o XX, como o voto por procuração (*proxy voting*) e ação sem valor nominal (*no par stock*), mantiveram a multiplicidade de indivíduos que passaram a integrar a corporação na qualidade de acionistas sem poder, indivíduos sem poder, enquanto mantinham igualmente, no pólo oposto da relação de poder, os integrantes da mesa diretora²⁹⁸.

3.3.3 O poder e a propriedade moldam as instituições

Ao demonstrar como poder e propriedade moldam instituições, Roy atinge o cerne de sua pesquisa, pois afasta a teoria da eficiência como explicação prevalente para a formação das corporações. Ele estrutura seus argumentos conforme o processo de poder, e não de acordo com a tomada racional de decisões nem eficiência, ao demonstrar como a fusão entre o mundo do capital financeiro e o mundo da manufatura foi a “grande fusão no movimento de fusões” (“*big merger in the merger movement*”)²⁹⁹, gerando estrutura de poder e precedendo em força explicativa a teoria da eficiência. Roy afasta-se da teoria da eficiência que enfatiza exclusivamente o sujeito e sua tomada de decisão em termos do processo técnico de produção e distribuição. Seu foco é “explicar fatores mais amplos [natureza e definição de propriedade, organização e distribuição de riquezas, práticas institucionais e definições sociais], enfatizando que eles foram determinados menos pela exigências econômicas ou racionalidade gerencial do que pela dinâmica do poder”³⁰⁰, sendo, portanto, conceitos socialmente construídos.

²⁹⁸ ROY, William G. **Socializing Capital** – *The Rising of the Large Industrial Corporation in America*. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 16.

²⁹⁹ ROY, William G. **Socializing Capital** – *The Rising of the Large Industrial Corporation in America*. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 20.

³⁰⁰ “My account focus on explaining these broader factors, emphasizing that they were determined less by the exigencies of economic efficiency or managerial rationality than by the very political

Sua análise desce a dados empíricos, a estatísticas e a história das corporações e do mercado financeiro. Ele aponta como a estrutura dos bancos de investimento surgiu em torno do Estado e das primeiras corporações (concessionárias de serviço público), e também como a revolução corporativa e a junção dos mundos financeiro e industrial ocorreram após alterações legislativas que propiciaram o surgimento das corporações emergentes do embate entre industriais e Estado.

O estudo de Roy sobre a constituição dos negócios sob a forma corporativa (*incorporations*) de companhias como American Tobacco (Tabaco Americano) e American Sugar Refining (Refinaria de Açúcar Americana) evidencia como a formação das corporações deu-se de acordo com a relação de poder entre partes dominantes e, especialmente, como as decisões dos industriais do ramo do tabaco e do açúcar foram afetadas pela constituição dessas duas grandes corporações. A decisão dos vários industriais do tabaco e do açúcar em face do surgimento de grandes corporações em seu ramo de atuação poderia ser de enfrentamento e competição com as gigantes ou de se tornarem parte da revolução corporativa. Se a decisão foi em aderir ao movimento corporativo, já que faltava aos industriais esparsos poder para competir com as grandes corporações, a história das corporações deve ser compreendida através da perspectiva do poder estruturante corporativo³⁰¹. Ademais, a questão da tecnologia de produção, enfatizada pela teoria da eficiência, cai definitivamente por terra quando trazemos à baila o fato de que tecnologias semelhantes de produção em massa foram empregada em outras jurisdições (França e Itália, por exemplo), sem que a forma corporativa fosse adotada³⁰². O alvo de Roy é, assim, a construção social da corporação como relação de poder entre os diversos atores sociais, mais do que nas relações impessoais de eficiência e tecnologia.

dynamics of power" (tradução livre). ROY, William G. **Socializing Capital** – *The Rising of the Large Industrial Corporation in America*. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 18.

³⁰¹ ROY, William G. **Socializing Capital** – *The Rising of the Large Industrial Corporation in America*. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 166, 260, 281.

³⁰² ROY, William G. **Socializing Capital** – *The Rising of the Large Industrial Corporation in America*. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 264. A França organizou sua produção em massa em sistemas de produção flexíveis. O ambiente político na Itália favoreceu a proliferação de densa rede de firmas de alta tecnologia ligadas através de relações não-hierárquicas. ROY, William G. **Socializing Capital** – *The Rising of the Large Industrial Corporation in America*. Princeton: University Press, 1997, p. 264.

Roy demonstra a prevalência do poder como instrumento de análise e compreensão da revolução corporativa. A estrutura de poder que gerou a socialização do capital, ou a participação de numerosos indivíduos na instituição corporativa através da fusão dos mundos do capital financeiro e da indústria, foi fenômeno que dependeu mais da relação de poder entre os atores na virada do século XIX para o XX nos Estados Unidos, do que da capacidade de cada ator individual em exercer poder. No entanto, a revolução corporativa e a socialização do capital trouxeram igualmente a ironia de, ao mesmo tempo em que permitiram espalhar a propriedade nominal através da participação societária acionária, tornar profundo o abismo entre propriedade e controle/poder, às custas dos pequenos acionistas. “Enquanto a propriedade foi dispersada através da socialização [do capital], o controle tornou-se mais concentrado”³⁰³.

A socialização do capital levou à diluição da propriedade entre vários acionistas e subsequente diluição da capacidade de influência desses indivíduos, tornando o controle/poder concentrado nas mãos daqueles que operavam a própria socialização do capital – banqueiros investidores, operadores do mercado de ações, corretores e a mídia financeira que intermedeiam a relação entre acionistas e corporação³⁰⁴. A corporação passa a ser estrutura estruturante de relações entre indivíduos, e o Estado exerce papel de garantidor ou autoridade (*enforcer*) das relações surgidas entre acionistas, credores, gerentes, diretores, trabalhadores e o próprio Estado com a corporação³⁰⁵. O processo de criação das corporações foi também processo de criação de novas classes de indivíduos, apesar de manter a dinâmica de poder pré-existente.

Roy aponta John D. Rockefeller, magnata do petróleo, como epítomo ou exemplo típico do movimento do industrial/manufatureiro para dentro do mundo

³⁰³ *As ownership was dispersed by socialization, control was concentrated*”, tradução livre. ROY, William G. **Socializing Capital – The Rising of the Large Industrial Corporation in America**. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 271.

³⁰⁴ ROY, William G. **Socializing Capital – The Rising of the Large Industrial Corporation in America**. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 271.

³⁰⁵ Nesse ponto de sua análise, Roy mais uma vez destaca que, sociologicamente, não se pode analisar a corporação com existência autônoma das de seus acionistas, como pretende a ficção jurídica – p. 271: “*Reifying the corporation may mystify the relationship among individuals and the way individual interests are structured, but cannot deny these realities*” (“Reificar a corporação pode mistificar a relação entre indivíduos e a maneira pela qual interesses individuais são estruturados, mas não se pode negar tais realidades” – tradução livre). Apesar de entendermos sua perspectiva, no presente trabalho temos foco eminentemente jurídico, portanto, filiamos-nos à teoria jurídica da separação de identidade entre as pessoas físicas dos acionistas e a pessoa jurídica da corporação.

corporativo, a partir da aliança que Rockefeller estabeleceu com o City Bank e o papel essencial que a família Rockefeller exerceu na constituição de gigantes corporativas como a General Eletrics, International Harvester e U.S. Steel³⁰⁶. Membros do mundo/classe financeiro(a) mobilizaram capital, instituíram o modelo dos contratos sociais (*charters of incorporation*), neutralizaram oposições e construíram organização para a primeira leva corporativa (corporações *quasi* estatais, ou concessionárias de serviços públicos). Industriais, como Rockefeller, foram trazidos ao âmago do mundo corporativo, até então dominado exclusivamente pelos agentes financeiros, estendendo controle das corporações sobre o universo das manufaturas. O capital necessário para o financiamento das corporações, na forma de empresas gigantes como as conhecemos atualmente, foi obtido junto aos industriais e a numerosos indivíduos dispersos, promovendo a socialização do capital das corporações.

3.4 Vigência do paradigma da primazia da maximização da riqueza dos acionistas - lynn a. stout

A "*rule of shareholder wealth maximization*" (ou *shareholder primacy rule*), ou primazia da maximização da riqueza dos acionistas (primazia dos acionistas), traduções pelas quais nos referiremos à tal regra nesse estudo, é pensada por muitos nos Estados Unidos como requerimento imposto por lei à atuação dos diretores e CEOs (*corporate executive officers*) das corporações. A bem da verdade, tal requerimento nunca existiu na legislação comercial estadunidense³⁰⁷; o que a lei norte-americana dispõe é, ao contrário, uma ampla discricionariedade a comportamento dos diretores e dos executivos, embora alterações recentes tendam a limitar tal discricção, havendo numerosa jurisprudência que ratifica doações feitas pelas corporações que, mesmo que apenas remotamente, poderão ser benéficas à empresa³⁰⁸, bem como decisões que indicam que o pagamento de dividendos é

³⁰⁶ ROY, William G. **Socializing Capital** – *The Rising of the Large Industrial Corporation in America*. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 272.

³⁰⁷ Como bem nos lembra Lynn A. Stout, a legislação do Reino Unido é muito mais próxima do ideal da primazia da maximização da riqueza dos acionistas. **Rethinking "Shareholder Primacy" in the Wake of the BP Oil Disaster**. Rascunho de 22 de agosto de 2010.

³⁰⁸ Para mais sobre o tema de filantropia corporativa vide: HENDERSON, M. Todd; MALANI, Anup.

ação discricionária da mesa diretora (Kamin v. American Express Company, 1976³⁰⁹). É provável que a difundida crença de que seja de fato vigente a regra da primazia dos acionistas no direito comercial americano advenha do fato de que muitos economistas passaram a ensinar direito comercial por serem conhecedores das teorias de *agency cost* (custo da representação das empresas pelo seus prepostos), sem, entretanto, contar com qualquer formação acadêmica jurídica ou conhecimento do mundo e da história dos negócios³¹⁰. No Brasil, vige igualmente pensamento semelhante no direito societário, expresso nas famigeradas expressões "a função social da empresa é o lucro" ou "o objetivo da empresa é gerar sempre mais dividendos aos acionistas", fortemente embasadas nas análises econômicas liberais.

Aceita por algum tempo sem muita controvérsia graças à influência do pensamento do economista Milton Friedman³¹¹ e da escola de Chicago, a regra da primazia do acionista conta atualmente com diversas teorias que se opõem frontalmente à hipótese de que a função da empresa é gerar lucros e pagar dividendos aos acionistas e apontam falhas teóricas na primazia do acionista. Destacamos cinco desses problemas teóricos:

- a) Objetivos de curto prazo (*short-termism*)
- b) Necessidade de prender capital nas empresa (*capital lock in*)
- c) Necessidade de produção em time (*team production*)
- d) Investidor universal (*universal investor*)
- e) Investidor pró-social (*prosocial investor*)

3.4.1 *Short-termism*

Corporate Philanthropy and the Market for Altruism (04 set., 2008). U of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 399; **Columbia Law Review**, Forthcoming. STEVELMAN, Faith. *Pandora's Box: Managerial Discretion and the Problem of Corporate Philanthropy* (25 Jun., 2009). **UCLA Law Review**, Vol. 44, No. 579, 1997.

³⁰⁹ Kamin v. American Express Company. 86 Misc.2d 809, 383 N.Y.S.2d 807, affirmed, 54 A. D. 2d 654, 387 N.Y.S.2d 993 (1st Dept. 1976). Caso de *derivative action* em que a corte se recusa a intervir na decisão da mesa diretora relativa à distribuição de dividendos.

³¹⁰ Conforme apontado pela prof. Lynn A. Stout no **Faculty Colloquium: Killing Conscience: The Criminogenic Effects of "Pay for Performance"**. Los Angeles (CA - USA) UCLA School of Law, 01 nov. 2010.

³¹¹ *The Social Responsibility of Business is to Increase Its Profits*. In **New York Times Sunday Magazine**. 13 set. 1970, páginas 32-33 e 122-126.

A crença fundamental de que o valor de mercado das ações de uma companhia de capital aberto (*publicly held corporation*) é o parâmetro que melhor reflete o valor da interesse/participação (*interest*) dos acionistas na empresa leva a comportamentos que visam objetivos de curto prazo (*short-termism*) pelo executivos das companhias. Tal pressuposição encerra em si pressupostos outros, como o de que o mercado de ações é fortemente eficiente no sentido de valor fundamental para se avaliar a riqueza da corporação³¹². Contudo, a eficiência de mercado e a ideia básica de eficiência como valor fundamental (*strong fundamental value efficiency*)³¹³, que encontraram seu ápice nas décadas de 1970 e 1980, foram fortemente enfraquecidas pelas crises de 1987 e 2000³¹⁴.

Sabemos hoje que os preços de mercado das ações das companhias de capital aberto podem estar desconectados de uma estimativa real do valor da empresa ("*... market prices could be disconnected from reasonable estimates of fundamental value*")³¹⁵. Escândalos como o Enron³¹⁶, em outubro de 2001, deixaram claras práticas de manipulação de balanços contábeis e "produção" de números positivos, produto de conflito de interesses entre a construção de bases sólidas de operação das corporações e interesse de investidores de curto prazo³¹⁷.

A explosão de práticas de curto prazo, ou *short-termism*, intensificou-se depois da regulamentação pelo Congresso dos EUA de dedução para fins tributários do valor de remuneração como compensação dos CEOs em um milhão de dólares por ano³¹⁸. A remuneração como compensação opõe-se à remuneração como fruto de plano de metas de produtividade, ou prêmio por produtividade. Caso o executivo

³¹² STOUT, Lynn A. *Rethinking "Shareholder Primacy" in the Wake of the BP Oil Disaster*. Rascunho de 22 de agosto de 2010, p. 19.

³¹³ STOUT, Lynn A. *Rethinking "Shareholder Primacy" in the Wake of the BP Oil Disaster*. Rascunho de 22 de agosto de 2010, p. 20.

³¹⁴ STOUT, Lynn A. *Rethinking "Shareholder Primacy" in the Wake of the BP Oil Disaster*. Rascunho de 22 de agosto de 2010, p. 20-21.

³¹⁵ STOUT, Lynn A. *Rethinking "Shareholder Primacy" in the Wake of the BP Oil Disaster*. Rascunho de 22 de agosto de 2010, p. 20-21.

³¹⁶ Para mais sobre o caso Enron, vide artigo de BLAIR, Margaret M. "Directors' Duties in a Post-Enron World: Why Language Matters". In *Wake Forest Law Review*, Vol. 38, Fall 2003. 16 jun. 2003. Vanderbilt Law School, Nashville.

³¹⁷ STOUT, Lynn A. *Rethinking "Shareholder Primacy" in the Wake of the BP Oil Disaster*. Rascunho de 22 de agosto de 2010, p.21.

³¹⁸ Conforme apontado pela prof. Lynn A. Stout no *Faculty Colloquium: Killing Conscience: The Criminogenic Effects of "Pay for Performance"*. Los Angeles (CA - USA) UCLA School of Law, 01 nov. 2010. A referida regulamentação é a Section 162 (m) do IRC (*Internal Revenue Code*) que limita a dedução para fins de imposto de renda federal da remuneração dos CEOs em 1 milhão de dólares por ano, nas companhias de capital aberto ("*\$1 million annual cap on the deductibility of executive compensation by a public company*"). Remunerações fruto de prêmio por produtividade, no entanto, não estão incluídas no limite de 1 milhão.

levasse a empresa a atingir certas metas estabelecidas *ex ante*, ele faria jus ao recebimento de remuneração por produtividade ou bônus em valores normalmente bastante altos a serem pagos em dinheiro ou a serem desfrutados através do plano de compra de ações (*stock options*). Esse estímulo ou incentivo criado pelas empresas levou seus CEOs a práticas que aumentavam o valor de mercado das ações artificialmente, de forma que as metas de produtividade baseadas na teoria da eficiência (que tem o valor das ações negociadas em bolsa como parâmetro para desempenho da empresa) fossem atingidas, e, conseqüentemente, tais executivos fizessem jus ao bônus de produtividade. Era um jogo no qual a companhia e o CEO ganhariam (*win win situation*), pois, ao mesmo tempo em que valorizava o preço de mercado das ações da corporação, o executivo aumentava seu lucro pessoal no exercício das *stock options*. Tal prática empreendida pelos CEOs pode ser rudemente comparada ao aumento artificial do peso de certas mercadorias cujo valor de venda é calculado ponderando-se a massa - assim como certas indústrias injetam água no frango que vendem a peso, os CEOs inflaram artificialmente o valor das ações das corporações que administravam a fim de obter maiores lucros pessoais através do alcance de metas de produtividade e eficiência³¹⁹. Imersos nesse contexto social de incentivos, as corporações atraíram executivos, ou levaram seus executivos a, comportamentos egoístas e de objetivos de curto prazo, conforme a literatura de financeiro-comportamental (*behavior finance literature*)³²⁰ descreve.

Para que executivos e membros da mesa diretora das corporações voltassem a se comprometer com objetivos de longo prazo e, conseqüentemente, com a companhia em si, é preciso que o cenário de incentivos seja revertido³²¹. Os

³¹⁹ Tais práticas empreendidas pelos CEOs norte-americanos levou sua classe a contar com certa descrença popular. Exemplo disso foram as derrotas nas urnas sofridas pelas CEOs Carly Fiorina e Meg Whitman (eleições de novembro de 2010 na Califórnia) que se alinharam ao tipo de administração que leva a primazia do acionista como parâmetro para suas condutas, aliado à percepção de benefícios pessoais monetários pelo alcance de metas das empresas.

³²⁰ A professora Lynn A. Stout possui artigos e um recente livro sobre o tema. São eles, respectivamente: *The Mechanisms of Market Inefficiency: An Introduction to the New Finance. In UCLA School of Law, Law & Econ. Research Paper*. No. 03-23. 18 dez. 2003. University of California, Los Angeles (UCLA) - School of Law. ***Cultivating Conscience: How Good Laws Make Good People***. Princeton University Press: Princeton, 2010.

³²¹ Em seu recente livro lançado em fim de outubro de 2010, Stout afirma que a criação de contexto social de incentivos diferentes atrairá e estimulará os atuais prepostos da empresa ao comprometimento com atitudes menos egoístas e mais pró-sociais. Tais incentivos seriam de ordem intangível e nominais, e não monetários e materiais; pequenos, e não abundantes; prometidos e oferecidos após o alcance de certas metas, *ex post*, e não prefixados, *ex ante*, em contratos de trabalho detalhados e com metas numéricas a serem atingidas. ***Cultivating***

CEOs e diretores precisam estar isolados relativamente dos estímulos sociais e da pressão dos investidores interessados tão somente em práticas especulativas de curto prazo, que em nada beneficiam os acionistas com objetivos de longo prazo e certamente tampouco beneficiam a empresa. Eles devem concentrar-se em práticas e estratégias administrativas que preservem e almejem os ganhos a longo prazo, tais como investimento em pesquisa e desenvolvimento, segurança do produto e relações com a comunidade, e investir em ações que protejam o valor a longo prazo da empresa, ainda que a custo de eventuais diminuição do valor de mercado das ações³²².

Stout ilustra artigo de sua autoria sobre a necessidade de se repensar a primazia do acionista com o exemplo daquele que é apontado como o maior desastre ecológico da história dos Estados Unidos - o derramamento de óleo no Golfo do México em abril de 2010. Resumindo os fatos, multinacional BP era gerida conforme regras pertinentes à maximização da riqueza dos acionistas, ignorando procedimentos de segurança que levariam à incursão de maiores custos de produção, a fim de obter os maiores lucros possíveis na extração de petróleo da plataforma do Golfo Mexicano. Pouco antes da explosão que resultou na morte de onze trabalhadores e no derramamento contínuo de petróleo no mar por cerca de três meses, a companhia, através de seus diretores e executivos, tomou decisões de corte de custo e não acatou pareceres de segurança emitidos por consultores da própria empresa. Após o desastre, o valor de mercado das ações da BP caíram significativamente e a imagem da companhia sofreu sérios danos.

Certos de que a empresa sofrerá ainda incalculáveis perdas advindas de indenizações das mais diversas ordens, tendo em vista o prejuízo generalizado a numerosos setores gerados pela sua conduta, os diretores da BP queriam pagar dividendos aos acionistas o mais rapidamente possível³²³. Com tal ação, aqueles que sofreram prejuízo com o desastre seriam seriamente prejudicados, uma vez que o patrimônio da empresa responsável por esse futuro passivo diminuiria, mas os acionistas restariam "beneficiados" a curtíssimo prazo (essa tentativa de dilapidação

Conscience: How Good Laws Make Good People. Princeton University Press: Princeton, 2010.

³²² STOUT, Lynn A. **Rethinking "Shareholder Primacy" in the Wake of the BP Oil Disaster.** Rascunho de 22 de agosto de 2010, p. 22.

³²³ O anúncio da decisão de pagamento de grande quantia em dividendos aos acionistas da BP fez com que o governo norte-americano pedisse ao governo britânico a suspensão de tal distribuição até que o valor da responsabilidade da BP em indenizações ficasse mais claro. Como já dito anteriormente, ao contrário da legislação societária dos EUA, a lei britânica está bastante mais em sintonia com a regra da primazia do interesse dos acionistas.

da patrimônio corporativo em detrimentos da sociedade e dos credores, ainda que estes sejam meramente possíveis credores, é alvo de proibição das mais diversas legislações falimentares, incluindo a brasileira). A distribuição de dividendos aos acionistas da BP seria atitude em perfeita consonância com a série de atos que culminaram nesse grande desastre natural: o pagamento de dividendos seria mais uma atitude comprometida tão somente com objetivos de curto prazo, que poderiam levar à bancarrota da empresa, mas estariam de acordo com a teoria da eficiência que prevê o aumento dos lucros corporativos a todo custo. Através do caso BP, vemos como as práticas de *short-termism* podem ser danosas a muitos - acionistas comprometidos com objetivos de longo prazo, meio ambiente, credores atuais e potenciais, funcionários, demais negócios que dependam da atuação da empresa ou que sejam influenciados ainda que indiretamente pelas consequências da ação da corporação e, finalmente, a empresa em si e à economia como um todo, beneficiando exclusivamente a uma diminuta minoria com interesses de curto prazo - CEOs que tenham remuneração atrelada à produtividade e investidores especulativos.

3.4.2 *Capital lock in*

A ideia de capital preso, ou da capacidade de "prender" a contribuição do capital inicial dos investidores para o capital da companhia, como Luis Peyser traduz a expressão³²⁴, é elemento que fortalece objetivos de longo prazo da corporação e, contrariamente, debilita a regra da primazia do acionista. De acordo com a professora Margaret Blair, a capacidade de "prender" o capital é atributo importante para a caracterização da grande corporação, ao lado de outras quatro características que são iminentes à forma corporativa - responsabilidade limitada do acionista, administração centralizada, existência perpétua da empresa e ações livremente transferíveis³²⁵. A característica do capital preso diferencia a corporação de outras formas empresarias, como as *partnerships* (forma societária bastante

³²⁴ Da natureza das sociedades anônimas" STOUT, Lynn. Trad.: Luis Peyser. In **Direito Empresarial** - Aspectos atuais de direito brasileiro e comparado. Org.: PERIN JUNIOR, Ecio; KALANSKY, Daniel; PEYSER, Luis. São Paulo: Editora Método, 2005, p. 503-517. Esse é o primeiro artigo da professora Lynn A. Stout já traduzido para o português.

³²⁵ *Locking in Capital: What Corporate Law Achieved for Business Organizers in the Nineteenth Century.* In **UCLA Law Review**, Vol. 51, No. 2, pp. 387-455, 2003. 16 jun. 2003. University of California, Los Angeles (UCLA) - School of Law.

semelhante às sociedades simples do atual Código Civil brasileiro) ou empresário individual (*proprietorships*), em que a retirada de capital é acentuadamente mais fácil de ser realizada.

Em primeiro lugar, o capital preso evita a retirada de capital da companhia que poderia levar à destruição da pessoa jurídica pela abrupta queda de valor da corporação, bem como à venda relâmpago do patrimônio empresarial ("*fire sale*" of *corporate assets*)³²⁶. A proteção à retenção de capital na empresa favorece objetivos de longo prazo, ao preservar bens essenciais à vida produtiva da empresa, e permite que a corporação desenvolva projetos mais demorados que envolvam grande investimento financeiro, ao mesmo tempo em que evita que acionistas possam retirar seus investimentos da companhia a qualquer momento, com fins, por exemplo, de distribuição de dividendos ou de aumento artificial do valor de mercado das ações³²⁷. Para insular os acionista de decisões diretas sobre o pagamento de dividendos, a lei norte-americana impede que acionistas deliberem sobre distribuição de dividendos, bem como limita bastante a possibilidade de alteração da composição da mesa diretora que se recuse a distribuir dividendos³²⁸. Stout nos lembra da relação inversamente proporcional entre a capacidade da empresa de prender capital e a regra da primazia do interesse dos acionistas.

3.4.3 *Team production*

A teoria da produção em time postula que outros grupos que não os acionistas, os diretores e os CEOs da corporação contribuem com investimentos específicos para o desenvolvimento da empresa³²⁹. Exemplo desses grupos são os funcionários da companhia, quando se empenham além do mínimo contratualmente

³²⁶ STOUT, Lynn A. *Rethinking "Shareholder Primacy" in the Wake of the BP Oil Disaster*. Rascunho de 22 de agosto de 2010, p. 25.

³²⁷ STOUT, Lynn A. *Rethinking "Shareholder Primacy" in the Wake of the BP Oil Disaster*. Rascunho de 22 de agosto de 2010, p. 25.

³²⁸ O caso Dodge v. Ford é exemplo contrário à essa assertiva. Stout explica brilhantemente em seu artigo "*Why Should We Stop Teaching Dodge v. Ford*" a dinâmica e o contexto que em que tal caso foi decidido e como deve ser o pensamento atual em termos de distribuição de dividendos no mundo corporativo. In: **UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper No. 07-11**. 18 set. 2007. University of California, Los Angeles (UCLA) - School of Law.

³²⁹ Para mais sobre *team production theory*, ver artigo de Lynn A. Stout e Margaret M. Blair - *A Team Production Theory of Corporate Law*. **Virginia Law Review**, Vol. 85, No. 2, pp. 248-328, mar. 1999.

exigido no trabalho para e pela empresa, desenvolvendo suas áreas de expertise e melhorando o relacionamento com os objetivos da empresa, ou espírito da empresa; os consumidores, na medida em que se tornam leais à e familiares com a marca; bem como a comunidade em que a companhia se insere, quando constrói estradas e vias de acesso com fins de facilitar o trânsito necessário às atividades da empresa, ou investe em qualquer outro setor de infra-estrutura que beneficie direta ou indiretamente a atividade da corporação³³⁰.

Certamente que os grupos que agem organizadamente em benefício da empresa também lucram de alguma forma com seu comportamento. No entanto, atitudes dos CEOs e da mesa diretora podem colocar em perigo tal relação que inicialmente traz vantagens a todas as partes, tais como demitir empregados fiéis e dedicados à empresa com o fim único de recontração de mão de obra em jurisdição em que os direitos e a remuneração trabalhista sejam consideravelmente mais baixos. Sobre essa quebra de parceria tácita com os trabalhadores dedicados à empresa, gostaríamos de mencionar um caso que muito bem ilustra as consequências dessa prática que leva em consideração apenas a primazia dos acionistas, sem considerar impactos outros que as atitudes tomadas em nome da empresa pode gerar.

Durante as eleições de 02 de novembro de 2010, no Estado da Califórnia, duas candidatas ao Senado e ao Governo estadual, Carla Fiorina e Meg Whitman, respectivamente, saíram derrotadas das urnas. Ambas tinham em seu currículo vasta experiência como administradoras de grandes empresas, na qualidade de CEOs, e empreenderam ações em perfeita consonância com a teoria da eficiência e com a regra da primazia dos acionistas durante suas gerências. As empresas que elas administravam obtiveram lucros, os acionistas beneficiaram-se com valorização das ações que possuíam e de distribuição de dividendos, além do que elas, pessoalmente, fizeram jus a prêmios monetários por alcançarem metas de redução do custo de produção; portanto, elas seriam exemplo de experiências de sucesso em direção de organizações. As propagandas eleitorais veiculadas pelos opositores das duas ex-CEOs focaram bastante nos fatos acima descritos, mas funcionaram no sentido de mobilizar a população contra os feitos das candidatas, uma vez que deixaram claríssimo ao eleitorado o também fato de que as referidas administrações

³³⁰ STOUT, Lynn A. *Rethinking "Shareholder Primacy" in the Wake of the BP Oil Disaster*. Rascunho de 22 de agosto de 2010, p. 28

"exportaram" empregos (*shipped jobs away from California*) de chefes de família norte-americanas para países asiáticos, onde o conjunto direitos trabalhistas e a remuneração são mais baixos que a prática nos EUA. É certo que esse não foi o único fator responsável pela derrota das ex-CEOs da companhias Hewlett-Packard (HP) e eBay nas urnas, mas também é verdadeiro que administrações empresarias que beneficiam exclusivamente os executivos da companhia e os acionistas com interesse de curto prazo é modelo socialmente repugnado e, portanto, em vias de substituição por novo desenho gerencial mais pró-social.

3.4.4 *Universal Investor*

A regra da primazia do acionista é falha por pressupor que o acionista-investidor possui interesse exclusivamente em uma companhia. Assim, a maximização de sua riqueza com práticas de curto prazo naquela companhia o beneficiaria, aumentando o valor de mercado de suas ações e a distribuição de dividendos. Todavia, a realidade do perfil do acionista-investidor é bastante diversa: ele geralmente conta com uma carteira de investimentos, com dispersa propriedade de ações em numerosas firmas, bem como outras formas de investimento em sentido estritamente econômico ou mesmo especulativo - moeda estrangeira, imóveis, ouro e seu próprio capital pessoal (saúde e educação). Práticas administrativas de *short-term* podem constituir verdade apenas no cenário em que o ator seja investidor com práticas não diversificada, o que nem de longe é a regra³³¹.

Voltando ao exemplo do derramamento de petróleo no Golfo do México em 2009, trazemos o modelo sugerido por Stout que ilustra como um indivíduo poderia ser prejudicado pelas práticas que se concentram na racionalidade da eficiência e da primazia do acionista³³². Levemos em consideração sujeito com o seguinte perfil: ele é acionista-investidor e possui ações da BP e em outras companhias petrolíferas; é proprietário de casa de férias na região do Golfo do México; seu emprego é na indústria de turismo do Caribe; investe em seu capital humano pessoal, ingerindo bastante frutos do mar e evitando exposição a resíduos tóxicos. Desnecessário

³³¹ STOUT, Lynn A. *Rethinking "Shareholder Primacy" in the Wake of the BP Oil Disaster*. Rascunho de 22 de agosto de 2010, p. 29-30.

³³² STOUT, Lynn A. *Rethinking "Shareholder Primacy" in the Wake of the BP Oil Disaster*. Rascunho de 22 de agosto de 2010, p. 31.

fazermos a conexão entre o ganho que esse investidor universal teve com as práticas administrativas da BP e as perdas que sofreu como um todo em seu portfólio econômico. Enquanto isso, investidores não diversificados como *hedge funds* ativos, investidores meramente especulativos e os próprios CEOs que venham a ter remuneração por produtividade têm interesse em influenciar ao máximo mesas diretoras a fim de que elas deliberem a favor de condutas de benefícios a curto prazo.

3.4.5 *Prosocial Investor*

Acreditamos que nesse ponto do estudo o leitor já disponha de fortes argumentos que sustentem que a regra da maximização da riqueza dos acionistas modelo de governança fatal para a própria empresa (*self-defeating governance strategie*³³³). Para mais, pesquisas atuais nos mais diversos campos do saber (psicologia social, economia comportamental, biologia evolucionista) apontam para o fato de que seres humanos são altruístas e tendem a ações pró-sociais na medida em que o nível de perda individual seja tolerável, o que põe abaixo a o pressuposto egoísta essencial da primazia do acionista. Stout, que leciona a matéria Economia Comportamental (*Behavior Economics*) na Escola de Direito da UCLA, dedica seu último livro, de outubro fim de 2010³³⁴, inteiramente à discussão do modelo do *homo economicus* e como o cenário legislativo de determinada jurisdição leva a ou cria incentivos a comportamentos comerciais socialmente danosos.

Após a revolução corporativa descrita por Roy, a multiplicidade de acionistas a deterem participação em companhias e a quebra da estrutura de ligação entre participação societária e gerência dos negócios da empresa faz com que os acionistas não tenham incentivos suficientes para tomarem parte nas decisões corporativas. Formou-se um cenário de desinteresse sobre a vida da empresa em face da falta de acesso, falta de tempo, falta de informação e apatia racional dos muitos acionistas minoritários³³⁵. Possível solução para o quebra-cabeças surgido

³³³ STOUT, Lynn A. *Rethinking "Shareholder Primacy" in the Wake of the BP Oil Disaster*. Rascunho de 22 de agosto de 2010, p. 32.

³³⁴ *Cultivating Conscience: How Good Laws Make Good People*. Princeton University Press: Princeton, 2010.

³³⁵ STOUT, Lynn A. *Rethinking "Shareholder Primacy" in the Wake of the BP Oil Disaster*. Rascunho de 22 de agosto de 2010, p. 33.

do impasse que a gestão focada na eficiência e na maximização da riqueza do acionista é a criação de novo cenário de incentivos que levem a comportamentos pró-sociais, como o programa de micro-crédito criado pelo Nobel bengali Muhammad Yunus e as empresas sociais surgidas também em Bangladesh. Cada dia mais pesquisadores dedicam-se ao tema empresa e função social, a exemplo da recentemente lançada cadeira e Negócios Sociais (*Social Business*) na Escola Europeia de Administração (*European Business School - EBS*), universidade particular líder em sua área na Alemanha (Wolfsburg), em novembro de 2010.

Trouxemos no presente capítulo as ideias de três autores acerca do poder e do mundo do comércio. Foucault explica como o Estado se vale do comércio como instrumento de poder em seu projeto de governamentabilidade. O filósofo francês faz sua análise através do estudo de manifestações concretas de poder na sociedade de disciplina, iniciando pelas instituições em que o corpo é submetido ao claustro para inscrição dessa disciplina, que vão da família, passando pela escola e chegando à fábrica. A importância de se compreender a sociedade de disciplina reside no fato de que os meios de disciplina são o artefato do qual o Estado se vale para exercer seu poder e a colocação do poder fora da esfera da soberania e dentro do espectro da disciplina é, nas palavras do próprio Foucault, caracterizador do modelo capitalista industrial. Depois de analisar as instituições destinadas aos que não se conformam ao modelo da fábrica, sendo esta descrita por Deleuze como modelo chave para interpretação dos locais de confinamento, Foucault parte para a análise da governamentabilidade e explica em que medida o comércio e a atividade empresarial integram a estrutura de poder do governo. Em sua descrição da história dos cereais, Foucault demonstra como o discurso de verdade de diferentes períodos históricos mudam, afetando as práticas econômicas, mas mantendo-se no rumo de sustentação do poder instituído.

Roy descreve como a forma empresarial das corporações expandiu-se com a revolução corporativa e constituiu reorganização das formas de poder. Contrariamente a Foucault, o sociólogo norte-americano parte da análise das instituições, muito embora lance mão de numerosos dados empíricos e análise de casos de formação de algumas das primeiras grandes corporações estadunidenses. Roy trabalha com o conceito weberiano de poder, expandindo-o ao afirmar que o ambiente exerce influência na determinação de vontade do sujeito.

Essa ideia de incentivos sociais de certo ambiente é também utilizada por Lynn A. Stout quando a jurista examina o cenário legislativo em que decisões tomadas por CEOs e mesa diretora das corporações levaram ao benefício de grupos restritos (acionistas com interesse de curto prazo e os próprios dirigentes das corporações), em detrimento de demais grupos de interesse vinculados às corporações (acionistas com interesse de longo prazo, acionistas investidores universais, funcionários, interesses pró-sociais, comunidade em que a empresa se insere, a corporação em si e a economia como um todo).

Lançado o fundamento teórico com base nos autores estudados, defendemos que a preservação da empresa é, sim, função do Estado, uma vez que a atividade comercial é fonte de geração de riqueza e de sustento, sendo a intervenção pública importante para estímulo da feição empresarial de caráter pró-social. Entendemos que é nesse sentido que a Lei de Recuperação Judicial pátria lança a preservação da empresa como princípio de direito público, o que está em harmonia com o caráter social da Constituição brasileira que prevê a liberdade de empresa ao mesmo tempo em que traz de formas mais ou menos expressas o objetivo de redução das desigualdades sociais e erradicação da pobreza. A preservação da empresa não se trata, portanto, de deturpação sutil de linguagem inserida ordenamento jurídico, mas está, antes, em sintonia com a forma menos violenta de capitalismo que acreditamos que esteja em momento de erupção, tendo em vista a falência do modelo liberal. No capítulo seguinte, abordaremos o modelo de empresa social proposto por Muhammad Yunus, com o escopo de demonstrar através da trajetória do economista bengali como a empresa social não só é possível, como também é mais bem sucedida que os modelos contemporâneos de gestão liberal-egoísta.

3.5 O que é empresa social?

3.5.1 Modelo das empresas sociais em Bangladesh

No último capítulo, vimos como o comércio é instrumento de poder nas mãos do Estado, como a socialização do capital nos EUA, apesar de diluir a participação na atividade empresarial, concentrou mais o poder nas mãos de uma parcela mais reduzida da sociedade e fechamos com a teoria de Stout que entende que há outras funções para a atividade empresarial além da maximização dos lucros dos acionistas. Reunimos esses três conjuntos de informação a fim de provar que a empresa está dentro do projeto de governamentabilidade do Estado (Foucault) e, portanto, o Estado tem interesse em sua preservação e que, muito embora a história das corporações seja uma história de concentração de poder (Roy), é possível entender o propósito da empresa para além da geração de lucros para seus acionistas, pois não há mandamento legal que determine que a empresa tenha suas funções restritas à busca pelo lucro (Stout).

Se o Estado atuará de modo a preservar uma dada empresa no contexto da falência e se o Estado age para benefício geral de seus cidadãos, certamente que não haverá preservação da empresa com finalidade de assegurar fonte de lucros de um indivíduo ou de uma minoria de indivíduos que detenham participação acionária. A preservação deve ocorrer com a finalidade de manter na sociedade os benefícios que a atividade comercial daquela empresa gere para a coletividade e enquanto a empresa gere riquezas para a sociedade, mantendo-se no plano de governamentabilidade estatal de que nos fala Foucault. Assim, a empresa a ser preservada é aquela que exerce sua função social, aumentando o bem estar coletivo. Todavia, discernir a empresa que cumpre sua função social, devendo, portanto, receber auxílio estatal na falência para manter suas atividades, da empresa que foi conduzida de modo a gerar riqueza apenas para seus sócios/acionistas, comportando-se de forma predatória em relação à sociedade em geral, é tarefa que pode parecer de difícil alcance.

Essa dificuldade em determinarmos que empresas devem ser preservadas decorre do amplo espectro de ações tomadas no curso da vida empresarial a ser analisado. Se os diretores da empresa a conduziram apenas com objetivo de aumentar os lucros a serem distribuídos, desrespeitando normas ambientais, trabalhistas, de proteção ao consumidor e de proteção à livre concorrência, podemos classificar comportamento da empresa como "egoísta"³³⁶. O termo "ação

³³⁶ STOUT, Lynn A. *Rethinking "Shareholder Primacy" in the Wake of the BP Oil Disaster*. Rascunho de 22 de agosto de 2010, p. 33.

egoísta" é empregado por Stout³³⁷ quando a jurista analisa ações, tanto de empresas quanto de indivíduos, que não estão de acordo com os mandamentos de nossa consciência, ou não são "pró-sociais". O caso da multinacional BP, responsável pelo derramamento de óleo no Golfo de México em 2010, ilustra empresa que não agiu de forma pró-social: diminuiu durante anos reiteradas as medidas de segurança em suas atividades, de modo a aumentar o lucro, e desconsiderou normas ambientais. O conjunto de atitudes irresponsáveis da BP causou, em última instância, o maior desastre natural da história dos EUA³³⁸.

Empresas que agem em desrespeito aos princípios da responsabilidade e da transparência não devem ser preservadas pelo Estado. Responsabilidade e transparência são duas exigências criadas pela sociedade democrática e, Jessua, professor de economia na universidade Panthéon-Assas (Paris II), entende que tais princípios são também parâmetros para a ação dos operadores econômicos necessários para o funcionamento de qualquer economia de mercado³³⁹. O escândalo da empresa de energia Enron é provavelmente o caso mais notável na história recente de falta de transparência. A companhia manipulou seus balanços contábeis de forma a esconder débitos estimados na ordem de mais de vinte bilhões de dólares, num conjunto de ações que envolveram seus executivos, contadores, advogados, instituições financeiras e mesmo a empresa de auditoria responsável pela fiscalização externa de suas contas, Arthur Andersen. Ambas as empresas, Enron e Arthur Andersen, não receberam auxílio do governo estadunidense e decretam quebra. Mas, se por um lado empresas que desrespeitam a lei, não agem de forma pró-social e adotam comportamentos não-transparentes e irresponsáveis posicionam-se claramente do lado negativo do espectro de preservação no cenário falimentar, na extremidade oposta desse espectro temos as empresas sociais.

Estudaremos agora uma espécie de empresa que desafia nossa concepção habitual de comércio/prestação de serviços e de lucro. Iniciaremos com a história do nascimento do microcrédito, de onde originou-se a idéia da empresa social. Apresentaremos o conceito de empresa social conforme o ensinamento de Muhammad Yunus, explicando os dois tipos de empresa social existentes. Para

³³⁷ STOUT, Lynn A. *Rethinking "Shareholder Primacy" in the Wake of the BP Oil Disaster*. Rascunho de 22 de agosto de 2010, p. 33.

³³⁸ STOUT, Lynn A. *Rethinking "Shareholder Primacy" in the Wake of the BP Oil Disaster*. Rascunho de 22 de agosto de 2010, p. 33.

³³⁹ JESSUA, Claude. *Capitalismo*. Porto Alegre: L&PM, 2009, 60.

tanto, estabeleceremos a diferença entre o que seja: empreendedorismo social; a forma tradicional de empresa, aquela voltada para maximização dos lucros; as organizações sem fins lucrativos, que contam com doações filantrópicas e de caridade para sobreviverem; a empresa social. Distinguiremos também a empresa social de empresas tradicionais que tem algum programa de responsabilidade social. Caracterizaremos as possibilidades legais de estruturação das empresas sociais, com destaque para a *community interest company* (CIC) criada recentemente pelo legislador do Reino Unido.

A empresa social nasceu antes na prática que na teoria acadêmica, muito embora seu criador seja o professor de economia bengali Muhammad Yunus. Comovido com a situação da população do povoado de Jobra, que vivia em estado de extrema pobreza, Yunus decidiu investigar como poderia melhorar a situação daquelas pessoas de forma definitiva e através da geração econômica de riqueza. Após observar que os habitantes de Jobra trabalhavam duro e diariamente, mas seu esforço não aliviava sua miséria, Yunus entendeu que uma das causas dessa situação de penúria era a dependência financeira da população dos agiotas locais. Boa parte dos indivíduos daquele povoado obtinha renda através do artesanato de bambu, mas, para adquirir a matéria-prima para seu trabalho, precisavam tomar dinheiro emprestado de usurários que cobravam juros de dez por cento ao dia, muito acima dos juros de mercado. Além dos juros extorsivos, os agiotas condicionavam a concessão do empréstimo à venda obrigatória e exclusiva de toda a produção dos trabalhadores para si e a preços bastante abaixo do valor de mercado do artesanato. Assim, estava fechado o ciclo que impunha a pobreza na vida daquelas famílias: obtendo apenas empréstimos extorsivos e tendo sua produção comprada a preço indigno, parecia impossível para que aqueles bengalis superassem seu estado de indigência.

Para que as quarenta e duas famílias de artesãos de Jobra superasse a miséria, no entanto, eram precisos apenas vinte e sete dólares. A esse diminuto montante resumia-se a dependência financeira de mais de cem pessoas que viviam abaixo da linha da miséria. Agir caridosamente e doar o dinheiro àquelas mulheres artesãs resolveria seus problemas imediatos, contudo é provável que elas retornassem ao ciclo de dependência financeira dada a fragilidade de sua situação sócio-econômica. Decidido a empregar na prática a teoria econômica que ensinava na universidade, Yunus entendeu por bem emprestar o dinheiro àquelas artesãs,

sem cobrar juros sobre o dinheiro, além de ensinar-lhes princípios básicos de economia. O economista resistiu ao que ele chama de "impulso"³⁴⁰ de dar esmola às mulheres miseráveis de Jobra, pois queria uma solução definitiva para aquele cenário de carestia e não apenas um conserto rápido e ineficaz para a situação.

A solução que Yunus buscava deveria ser institucional, e não apenas pessoal, de forma a ser permanente e independe da boa vontade de um indivíduo isolado. O professor bengali dirigiu-se aos bancos locais para tentar conseguir que os habitantes do povoado pudessem tomar dinheiro emprestado nas instituições oficiais de crédito, escapando dos agiotas e das suas imposições, que faziam com que os trabalhadores permanecessem em situação análoga a de escravos. Nesse momento, no entanto, ele percebeu que as instituições tradicionais de crédito não estavam preparadas para emprestar para os pobres, e as justificativas encontradas relacionavam-se ora à impossibilidade em face do regulamento interno bancário ou mesmo legal, ora a preconceitos e desentendimentos sobre a condição do pobre.

O banco concedeu o empréstimo que Yunus pleiteou em nome dos aldeões de Jobra. Isso, entretanto, só ocorreu após decisão de última instância na hierarquia bancária, tomada depois de seis meses de negociação entre os banqueiros e o professor, sendo que Yunus servia pessoalmente como fiador para cada empréstimo. Vemos aqui mais um exemplo do que Bourdieu chama de estrutura estruturante e é capturado por Yunus com os seguintes dizeres: "Quanto mais você tem, mais facilmente você obtém [empréstimos, conforme a tradicional estrutura bancária]" e "Se você não tem nada, você não vai obter nada"³⁴¹. O sistema bancário tradicional empresta para quem pode oferecer caução, garantia, o que torna o crédito inacessível para os mais pobres que não tem nada a oferecer como colateral. Assim, o crédito é feito para servir aos que já tem algo que o banco, possuidor do crédito, considere digno para assegurar o empréstimo. É a estrutura bancária, criando condições para que a estrutura em que foi engendrada permaneça a mesma.

Ao perceber que a solução institucional que havia encontrado dependia da figura de um fiador benevolente para que funcionasse, Yunus decidiu criar seu próprio banco. Sua clientela seriam os mais pobres entre os pobres, grupo

³⁴⁰ YUNUS, Muhammad. JOLIS, Alan. **O banqueiro dos pobres**. Editora Ática: São Paulo, 2006, p. 21.

³⁴¹ YUNUS, Muhammad. JOLIS, Alan. **O banqueiro dos pobres**. Editora Ática: São Paulo, 2006, p. 108-9.

constituído por milhares de miseráveis de Bangladesh, um dos países mais pobres do mundo em que se estima que, no ano de 2008, cinquenta por cento da população vivia abaixo da linha internacional da pobreza, ou seja, com menos de um dólar e vinte e cinco centavos por dia³⁴². O nome do banco, Grameen Bank, que significa Banco da Aldeia em bengali, designa o local em que primordialmente estariam os tomadores de empréstimo: na zona rural de um país assolado por períodos de fome generalizada e desastres naturais. Aos olhos de um banqueiro ortodoxo, parecia uma receita perfeita para uma empreitada de desastres: emprestar para quem não tem qualificação profissional e não tem nada a oferecer como garantia.

A experiência que se iniciou com o empréstimo pessoal concedido por Yunus em 1976, passando pelo período em que ele serviu de fiador de empréstimos dados por bancos tradicionais, chegando à criação do Banco Grameen em 1983, foi laureada em 2006 com Prêmio Nobel da Paz. Contrariou todas as previsões de fracasso, o Banco Grameen e seu fundador estabeleceram o conceito de microcrédito com enorme sucesso - mais de noventa e oito por cento dos empréstimos são quitados em dia³⁴³, um índice muitíssimo superior ao de qualquer banco tradicional³⁴⁴. O professor que foi chamado de idealista³⁴⁵ comprovou na prática que estavam errados desde o gerente da agência bancária situada na universidade, a quem primeiro recorreu Yunus, até os dirigentes do Banco Mundial em Washington quando insistiam em ajudar o Grameen.

O microcrédito é um modelo de grande êxito e desafia todos os paradigmas dos bancos tradicionais. É assim que Yunus descreve a chave de suas idéias inovadoras: após observar o modo de agir dos bancos tradicionais, ele fez tudo ao contrário³⁴⁶. Ao invés de provar sua solvabilidade, o cliente do Grameen deve provar sua pobreza. Ao invés de medir seu sucesso apenas em termos de lucros e dividendos distribuídos, o Grameen preocupa-se com o rendimento em espécie, em

³⁴² UNICEF. *Economic Indicators*. In **Bangladesh Statistics**. Disponível em: http://www.unicef.org/infobycountry/bangladesh_bangladesh_statistics.html Acesso em 26 abril de 2011.

³⁴³ A recuperação dos empréstimos concedidos pelo Banco para o Desenvolvimento Industrial de Bangladesh, conduzido pelo governo daquele País, gira na ordem de dez por cento de todo o montante emprestado. YUNUS, Muhammad. JOLIS, Alan. **O banqueiro dos pobres**. Editora Ática: São Paulo, 2006, p. 155.

³⁴⁴ YUNUS, Muhammad. JOLIS, Alan. **O banqueiro dos pobres**. Editora Ática: São Paulo, 2006, p. 41.

³⁴⁵ YUNUS, Muhammad. JOLIS, Alan. **O banqueiro dos pobres**. Editora Ática: São Paulo, 2006, p. 102.

³⁴⁶ YUNUS, Muhammad. JOLIS, Alan. **O banqueiro dos pobres**. Editora Ática: São Paulo, 2006, p. 151.

particular com a melhoria do nível de vida e com a forma de habitação dos clientes. A promoção social, consistente em satisfazer as carências básicas das pessoas e garantir seu bem estar, é a maior ambição desse banco um tanto heterodoxo³⁴⁷.

Com a ideia de promoção social como carro chefe é que surgiram as empresas sociais. Assim como o microcrédito, as empresas sociais articuladas por Yunus baseiam toda sua existência numa mudança de pensamento sobre a função da empresa na sociedade. Enquanto a empresa tradicional visa maximizar o lucro a fim de aumentar a riqueza de seus acionistas, as empresas sociais tem com finalidade resolver um problema social específico. Os investidores que decidam aplicar seu dinheiro em uma empresa social precisam ter em mente não devem esperar retorno financeiro sobre seus investimentos, mas, assim como os administradores das empresas sociais, participarão de uma empresa avaliada segundo novos padrões, expressos em valores humanistas³⁴⁸.

Nova espécie de negócio, as empresas sociais têm como característica principal estar fora do universo em que a norma é a procura pura e simples pelo lucro. Elas podem ser divididas em duas espécies, chamadas Tipo I e Tipo II de empresa social. As empresas sociais do Tipo I dedicam-se a resolver um problema social específico e seus proprietários são investidores que reinvestirão todo o lucro em expandir e melhorar o negócio. As empresas sociais do Tipo II distribuem lucros, assim como as empresas tradicionais, mas os acionistas das empresas do Tipo II são pessoas pobres que, ao se locupletarem com os dividendos gerados pela empresa, aliviam a pobreza e, portanto, resolvem um problema social³⁴⁹. Essencial a ambos os tipos de empresa social é a vedação de pagamento de lucro aos investidores.

Na forma tradicional de empresa, o aumento do capital investido através do lucro obtido com as atividades da empresa é o essencial. Na empresa social, o dinheiro investido será reavido, todavia, sem qualquer acréscimo, nem mesmo com correção para eventual depreciação inflacionária. Um dólar investido no presente, representará um dólar que o investidor possa querer reaver no futuro e esse valor é fixo e conforme o número histórico de entrada e não conforme o valor de compra do

³⁴⁷ YUNUS, Muhammad. JOLIS, Alan. **O banqueiro dos pobres**. Editora Ática: São Paulo, 2006, p. 151.

³⁴⁸ YUNUS, Muhammad. WEBER, Karl. **Um mundo sem pobreza**. A empresa social e o futuro do capitalismo. Editora Ática: São Paulo, 2008, p. 181.

³⁴⁹ YUNUS, Muhammad. WEBER, Karl. **Building Social Business**. *The new kind of capitalism that serves humanity's most pressing needs*. Public Affairs: Nova York, 2010.

dinheiro. A noção de benefício financeiro próprio não tem lugar nas empresas sociais³⁵⁰.

Podemos enumerar sete princípios essenciais das empresas sociais, que se aplicam em especial às empresas do Tipo I:

- a) O objetivo do negócio é erradicar a pobreza ou um ou mais problemas (tais como educação, saúde, acesso à tecnologia e meio ambiente) que ameace as pessoas e a sociedade, e não maximizar lucros.
- b) A companhia será auto-sustentável financeira e economicamente.
- c) Investidores recuperarão apenas o valor nominal do investimento. Nenhum dividendo será pago além do investimento inicial.
- d) Quando o montante investido for pago de volta ao investidor, os lucros permanecerão na empresa para sua expansão e melhoramento.
- e) A companhia terá consciência ambiental.
- f) Os trabalhadores serão remunerados com salário equivalente ao pago no mercado e terão condições de trabalho melhores do que o mínimo padrão.
- g) Faça com prazer!!!³⁵¹.

Tal qual as empresas tradicionais, as empresas sociais devem ter lucro e inserem-se no mercado; logo, seria um equívoco pensá-las como organizações sem fins lucrativos. O termo "organização sem fins lucrativos" abrange uma ampla gama de entidades diversas em estrutura jurídica, unidas pela busca de um fim social e pela vedação do lucro. As sociedades civis não lucrativas, as associações, as entidades filantrópicas e beneficentes, ou de caridade, as fundações, e as

³⁵⁰ YUNUS, Muhammad. WEBER, Karl. **Building Social Business**. *The new kind of capitalism that serves humanity's most pressing needs*. Public Affairs: Nova York, 2010, p. 2.

³⁵¹ YUNUS, Muhammad. WEBER, Karl. **Building Social Business**. *The new kind of capitalism that serves humanity's most pressing needs*. Public Affairs: Nova York, 2010, p. 3.

Tradução livre do inglês. "1) *The business objective is to overcome poverty, or one or more problems (such as education, health, technology access, and environment) that threatens people and society.*

2) *The company will attain financial and economic sustainability.*

3) *Investors get back only their investment amount. No dividend is given beyond the return of the original investment.*

4) *When the investment amount is paid back, profit stays with the company for expansions and improvement.*

5) *The company will be environmentally conscious.*

6) *The workforce gets market wage with better-than-standard working conditions.*

7) *Do it with joy!!!"*

organizações não-governamentais (ONGs) tem em comum um fim social, mas não podem ser classificadas como empresas sociais por não buscarem o lucro.

Ao caracterizar a empresa social, devemos distingui-la do que é comumente denominado "empreendedorismo social". Oliveira analisa conceitos de empreendedorismo social professados por institutos de empreendedorismo social e por estudiosos do assunto e conclui que uma definição única e objetiva a seu respeito ainda está em construção³⁵². Normalmente, empreendimentos classificados como sociais ou pertencem a uma empresa tradicional maximizadora de lucros, ou designam alguma forma de organização sem fim lucrativo.

O centro de formação inglês Escola para Empreendedores Sociais (SSE) define empreendedor social como alguém que trabalha de forma empreendedora, mas para objetivos sociais ou públicos e não pelo lucro, em empresas éticas, órgãos governamentais ou públicos, ou ainda no setor de voluntariado ou público³⁵³. O conceito da SSE não se coaduna com o proposto por Yunus para o que seja empresa social, pois, apesar das empresas sociais igualmente prezarem a ética e os objetivos sociais, elas realizam atividades empresariais livres e independentes do Estado e contam com trabalhadores remunerados e não com voluntários. A importância das empresas sociais serem autônomas em relação ao Estado ou a um organismo supra-estatal reside no fato de que a chave para seu sucesso é atuação, organização e gerenciamento tal qual uma empresa tradicional maximizadora de lucros, livres de inseguranças causadas quando de alterações de governo e das mudanças de diretrizes de órgãos internacionais. Ao depender tão somente de sua própria atividade para se manter, a empresa social torna-se uma instituição autônoma, que aumenta sobremaneira suas chances de durar e exercer de forma eficiente seu papel. Yunus destaca em diversos momentos como a dependência estatal ou o auxílio prestado por organismos internacionais, apesar de serem bem intencionados, acabam desperdiçando muito dinheiro em projetos de viabilidade e consultoria, que nem sempre alcançam o resultado almejado no início do projeto (2006).

A Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais define o que são as ONGs em seu Estatuto Social:

³⁵² OLIVEIRA, Edson Marques. Empreendedorismo social no Brasil: atual configuração, perspectivas e desafios - notas introdutórias. *In Revista da FAE*, Curitiba, v.7, n.2, p.11-18, jul./dez. 2004, p.12.

³⁵³ *School For Social Entrepreneurs - SSE. What is a social entrepreneur?* Disponível em: <<http://www.sse.org.uk/about.php?sub=WIASE>> Acesso em 26 abril de 2011.

ART. 2º- Para efeito do disposto neste estatuto, são consideradas Organizações Não Governamentais-ONGs, as entidades que, juridicamente constituídas sob a forma de fundação ou associação, todas sem fins lucrativos, notadamente autônomas e pluralistas, tenham compromisso com a construção de uma sociedade democrática, participativa e com o fortalecimento dos movimentos sociais de caráter democrático, condições estas, atestadas pelas suas trajetórias institucionais e pelos termos dos seus estatutos. (grifos nossos)

A partir dessa definição, concluímos que, embora as empresas sociais e as ONGs sejam autônomas em relação ao Estado, elas têm conceituação diferente. Apesar de ter objetivos similares aos das ONGs, as empresas sociais estruturam seus negócios de forma que as torna únicas. Isso porque elas buscam o lucro e tem um objetivo específico de eliminar um dado problema social, diferentemente das ONGs que não podem ter lucro e têm objetivo amplo de compromisso social. É importante que as empresas sociais tenham seu escopo bem fixado, pois a eliminação de certo problema social concreto determinará as decisões da mesa diretora e dos executivos da empresa quando eles tiverem que deliberar sobre um certo assunto. Vejamos o caso da empresa social Grameen Danone, que superou uma crise, mantendo, simultaneamente, os lucros e o foco na eliminação de problema social a que se propôs.

Em seu livro "Um mundo sem pobreza. A empresa social e o futuro do capitalismo", Yunus nos conta a história da Grameen Danone. Essa empresa social com sede e operações em Bangladesh foi criada em 2006 graças à parceria da multinacional do setor alimentício Danone e o Banco Grameen. Seu objetivo é diminuir a desnutrição das crianças bengalis, um problema social grave que leva boa parte da população bengali à cegueira por deficiência de vitamina A, além de comprometer de forma generalizada o desenvolvimento econômico do País, já que crianças mal nutridas dificilmente conseguirão receber boa educação e ter energia para serem adultos produtivos³⁵⁴. Inicialmente, a empresa fazia apenas um produto, iogurte fortificado, em uma pequena fábrica construída totalmente conforme padrões sustentáveis e com alta eficiência para diminuir os custos de produção. Como a venda do iogurte estava abaixo do esperado, em 2007 a mesa diretora reuniu-se para reavaliar as estratégias de venda, alterando com sucesso sua metodologia e

³⁵⁴ YUNUS, Muhammad. WEBER, Karl. **Building Social Business. The new kind of capitalism that serves humanity's most pressing needs.** Public Affairs: Nova York, 2010, p. 35

atingindo as metas da empresa. Todavia, a crise alimentar global fez aumentar o preço do leite em Bangladesh, matéria-prima básica da indústria de iogurte, o que, associado a dois anos seguidos de inundações graves nos campos do País, levou a Grameen Danone a perder dinheiro na venda de cada copo de iogurte que produzia.

O desafio estava lançado para a empresa: como acabar com prejuízos nas vendas e continuar suas atividades empresariais de forma a manter como diretriz a erradicação da desnutrição entre as crianças bengalis? Aumentar o preço do produto seria a solução tomada por uma empresa tradicional maximizadora de lucros, afinal, os custos da produção devem ser repassados ao consumidor em toda atividade empresarial. Essa foi a decisão tomada pela mesa diretora da Grameen Danone. A consequência, no entanto, foi agravação da queda de venda do iogurte, o que não atendia ao propósito de cobrir os custos de produção, tampouco o de acabar com a desnutrição infantil, pois as crianças estavam sem consumir as vitaminas contidas no iogurte. Uma nova estratégia empresarial foi desenvolvida, com mudança na fórmula do iogurte de maneira a manter seus benefícios nutricionais e diminuir seu custo de produção, além de ter havido também diversificação dos produtos da empresa e aumento do mercado em que eles seriam distribuídos. A companhia voltou a dar lucros e a poder crescer.

A Grameen Danone conseguiu conciliar objetivos que parecem repelir um ao outro caso encaremos atividade empresarial e fins sociais como mutuamente excludentes. Ela manteve os lucros da empresa, o que é indispensável para sua autonomia econômico-financeira e também para perseguir seu objetivo de eliminação da desnutrição - afinal, a empresa tem que expandir bastante para alcançar de forma mais ampla as crianças de Bangladesh, o que é um enorme desafio já que o País conta com a sétima maior população do mundo. É muito vantajoso e mais eficiente em relação ao cumprimento de seu objetivo que a Grameen Danone esteja organizada e opere conforme uma empresa tradicional maximizadora de lucros, pois a desnutrição em países pobres aumenta em momentos de crise econômica internacional e, também nesse momento, costumam diminuir ou cessar programas calcados em doação e auxílio governamental. Caso ela fosse uma ONG, por exemplo, estaria de mãos atadas em face do aumento de custos de sua produção e não estaria preparada para tomar decisões e agir tão eficientemente como uma empresa gerida conforme os preceitos de gerência capitalista.

Administrar uma ONG é muito diferente de administrar uma empresa maximizadora de lucros. Aqueles que estão à frente de uma ONG gastam muito tempo e energia em esforços de levantamento de fundos para a organização e, mesmo quando obtém sucesso, continuam a depender continuamente de dinheiro proveniente de doações, o que torna difícil que a ONG possa manter suas atividades e, especialmente, expandi-las. Já a administração de uma empresa social pode focar-se em ajudar parcelas carentes da sociedade sem preocupar-se em obter doações, pois a atividade da empresa social é auto-sustentada econômica e financeiramente. O dinheiro empregado numa empresa social recicla-se através da geração de lucros e faz com que suas atividades tenham potencialmente um impacto maior na sociedade do que as atividades administradas por empreendimentos de caridade e filantropia³⁵⁵.

Via de regra, cooperativas, em sua forma tradicional, também não são empresas sociais. Cooperativas são geridas visando lucro, assim como empresas sociais, mas os lucros são distribuídos aos participantes do negócio. Entretanto, caso os membros da cooperativa sejam pessoas pobres, ela pode caracterizar-se como empresa social do Tipo II. As origens da cooperativa estão relacionadas com objetivos sociais e empoderamento dos pobres através do estímulo à auto-suficiência e desenvolvimento econômico, mas a forma como as cooperativas são geridas atualmente as tornam muito mais próximas da empresa tradicional maximizadora de lucros do que das empresas sociais³⁵⁶.

Grandes empresas costumam ter um programa de responsabilidade social. As práticas de responsabilidade social podem manifestar-se como apoio da empresa à cultura, em respeito ao meio ambiente, incentivo à pesquisa ou inclusão de portadores de deficiência em seu quadro de funcionários. A tendência em adotar uma postura de associação da atitude da empresa com os anseios sociais de seus consumidores teve início no fim da década de setenta, quando as preocupações ambientais assumiram importância no discurso social. Todavia responsabilidade social também não se confunde com empresa social. Dos Santos nos fala da responsabilidade social enquanto prática discursiva das empresas:

³⁵⁵ YUNUS, Muhammad. WEBER, Karl. **Building Social Business**. *The new kind of capitalism that serves humanity's most pressing needs*. Public Affairs: Nova York, 2010, p. 6.

³⁵⁶ YUNUS, Muhammad. WEBER, Karl. **Building Social Business**. *The new kind of capitalism that serves humanity's most pressing needs*. Public Affairs: Nova York, 2010, p. 8.

A conduta empresarial sofreu mudanças nas últimas décadas. As empresas tiveram que **suavizar objetivos puramente lucrativos** através de discursos que associam à **imagem empresarial** qualidade, comprometimento e humanidade – o que não exclui o interesse pelo lucro. *A priori*, o consumidor não quer compactuar com a destruição do meio ambiente adquirindo produtos de uma empresa que causa danos à natureza. Supõe-se também que o **cliente dá preferência** àquela empresa que é conhecida por “contribuir” para a sociedade, o que torna seu nome aceito mais facilmente no mercado. (2006: p. 12) (grifos nossos)

Destacamos nos dizeres de Dos Santos dois aspectos que consideramos centrais no que seja a responsabilidade social da empresa: o fato dessa prática objetivar suavizar a característica maximizadora de lucros da companhia e a associação à imagem de tal prática, a fim de atrair mais consumidores. As práticas de responsabilidade social da empresa não alteram suas atitudes em sua essência, mantendo como objetivo fundador de suas atividades a geração e distribuição de lucros. Até porque os investidores da empresa tradicional só apostaram naquele empreendimento com objetivo de obter retorno financeiro pessoal, e os diretores têm compromisso em fazer com que a empresa seja superavitária e distribuía o excedente. Mas ainda assim práticas sociais ganharam força entre empresas tradicionais.

Por meio de práticas de responsabilidade social, empresas tradicionais buscam legitimar suas ações junto ao público, ao conquistarem respeito e credibilidade no mercado³⁵⁷. A responsabilidade social pode ser compreendida como prática discursiva estratégica que visa construir uma identidade institucional, predispondo o público consumidor a atitudes mais favoráveis àquela empresa³⁵⁸. As atitudes de responsabilidade social da empresa ganham enorme destaque na mídia, de forma a constituir vantagem competitiva para empresa e alavancar seus negócios, sendo, antes, instrumento de marketing que visam, em última instância, aumentar os lucros da companhia.

A Petrobras, maior empresa brasileira e quinquagésima quarta maior empresa em todo o mundo³⁵⁹, tem um amplo programa de responsabilidade social.

³⁵⁷ SANTOS, Patrícia Gomes dos. **O discurso da responsabilidade social na Petrobrás**. 2006. 88 f. Dissertação (Mestrado em Ciências da Linguagem). Universidade do Sul de Santa Catarina. Tubarão, Santa Catarina, 2006.

³⁵⁸ SANTOS, Patrícia Gomes dos. **O discurso da responsabilidade social na Petrobrás**. 2006. 88 f. Dissertação (Mestrado em Ciências da Linguagem). Universidade do Sul de Santa Catarina. Tubarão, Santa Catarina, 2006, p. 14.

³⁵⁹ *OUR annual ranking of the world's largest corporations - 2010. Fortune*. Disponível em: <http://money.cnn.com/magazines/fortune/global500/2010/full_list/index.html> Acesso em 28 abril de 2011.

A empresa exploradora de petróleo investe na divulgação de suas ações sociais na mídia, o que garante que seja lembrada pelos consumidores como socialmente responsável, muito embora ela também seja protagonista de numerosos desastres naturais envolvendo derramamento de óleo. Dos Santos analisou as peças publicitárias da companhia, da década de setenta até meados dos anos dois mil, e concluiu:

Podemos observar que o discurso da Petrobras foi mudando seu foco de interesse com o passar dos anos, adaptando-se às novas práticas sociais de uma sociedade que cobra comportamentos capitalistas 'menos' selvagens e predatórios, e mais voltados para o social e para a proteção do meio ambiente. Seu discurso passou de uma ênfase ao progresso, nos anos 70, para o respeito à vida dos anos 90 em diante. O respeito à vida de forma alguma excluiu o seu desejo de progresso. Mas agora, aliado a um discurso de crescimento e de geração de lucros para o país, há também um discurso de compromisso com as pessoas e com a natureza. A empresa, com o auxílio de seus anúncios publicitários, constrói discursivamente a sua identidade – alinhando-se com as tendências locais e globais – e nesse processo se legitima e conquista mercados³⁶⁰.

Sem dúvida, as empresas tradicionais geram benefícios sociais com seu comportamento responsável. Todavia, devemos ter em mente que a natureza das práticas de responsabilidade social está longe de ser equiparável às ações das empresas sociais, especialmente porque inserem-se no plano de marketing da empresa e não como atividade central dessa, podendo diminuir ou cessar a qualquer momento. As empresas sociais são definidas pelo objetivo social, suas atividades em favor do coletivo encerram a natureza desse modelo empresarial heterodoxo, e o negócio que conduzem é devotado a mudar a realidade econômica e social dos pobres ou melhorar o mundo em seu aspecto social. A responsabilidade social de dada empresa tradicional é prática de caridade ou filantropia, cujo último objetivo é construir uma imagem positiva da empresa de modo a aumentar suas atividades lucrativas.

As empresas sociais ainda não contam com uma definição legal específica que comporte suas particularidades. As empresas tradicionais maximizadoras de lucros e as organizações sem fins governamentais são instituições reconhecidas e suas atividades são guiadas conforme regras que determinam sua estrutura organizacional, tratamento tributário, princípios de governança etc. Como as

³⁶⁰ DOS SANTOS, Patrícia Gomes. **O discurso da responsabilidade social na Petrobrás**. 2006. 88 f. Dissertação (Mestrado em Ciências da Linguagem). Universidade do Sul de Santa Catarina. Tubarão, Santa Catarina, 2006.

empresas sociais ainda não são legalmente reconhecidas como uma categoria empresarial, elas devem se estruturar conforme as regras existentes para as demais formas de empresa ou organizações sem fins lucrativos.

Yunus recomenda que as empresas sociais se estruturem conforme as leis existentes para as empresas tradicionais maximizadoras de lucro. Todas as empresas do grupo Grameen foram estruturadas no modelo legal das companhias tradicionais maximizadoras de lucro. No Brasil, as empresas sociais poderiam se estruturar como sociedades anônimas (S.A.s), que é forma social de organização empresarial em que a aglutinação de capital é importante, sendo irrelevante as pessoas dos acionistas, ao contrário do que ocorre com as sociedades de pessoas que são constituídas *intuito personae*³⁶¹. Na S.A. criada para ser empresa social deve haver ressalva inscrita em seu estatuto social de que os acionistas renunciam o recebimento de dividendos e que todo lucro auferido pela companhia deverá constituir reserva e será reinvestido na própria instituição.

A Lei de S.A. permite ampla liberdade na estipulação do objeto social da empresa. Dessa forma, a empresa social não encontraria problemas em estabelecer em seu estatuto que seu objeto seria uma dada atividade comercial, bastando acrescentar que tal atividade teria como fim solucionar um determinado problema social. A lei demanda que a atividade seja lucrativa, o que coaduna-se com o propósito da empresa social de ser autônoma financeira e economicamente.

Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

§ 1º Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio.

§ 2º O estatuto social definirá o objeto de modo preciso e completo.

A provisão estatutária que previsse a não distribuição de dividendos, no entanto, só é possível legalmente para companhias fechadas. Isso porque haveria choque entre a renúncia ao recebimento de dividendos que mencionamos e a provisão do dividendo obrigatório, encapsulada pelo artigo 202 da Lei de S.A. (Lei 6.404/76). O parágrafo terceiro do art. 202, apesar de permitir a retenção total do

³⁶¹ Apesar de a sociedade em comandita por ações também ser sociedade de capitais, entendemos que ela não seria uma boa opção para a constituição de empresas sociais, pois parte dos sócios tem responsabilidade ilimitada nesse tipo societário.

lucro caso seja omissivo o estatuto, o faz apenas em caso de companhias fechadas (II) e companhias abertas exclusivamente para a captação de recursos por debêntures não conversíveis em ações (I). Caso algum acionista da empresa social de capital aberto resolvesse receber dividendos da atividade realizada pela empresa, ele poderia questionar em juízo que a provisão estatutária fere a Lei de S.A.

Há outras saídas legais para amparar a empresa social que venha a se constituir como S.A., mas elas são menos eficientes que a primeira opção supra aventada. Uma delas seria estabelecer que todo lucro deve constituir reserva estatutária, conforme prevê o art. 194:

Art. 194. O estatuto poderá criar reservas desde que, para cada uma:

- I - indique, de modo preciso e completo, a sua finalidade;
- II - fixe os critérios para determinar a parcela anual dos lucros líquidos que serão destinados à sua constituição; e
- III - estabeleça o limite máximo da reserva.

Ao indicar a finalidade da reserva, cumprindo o requisito imposto pelo inciso I, o estatuto poderia mencionar investimento na ampliação da atividade da companhia. Cumprir os requisitos impostos pelos incisos II e III, no entanto, poderia gerar dúvidas interpretativas em relação à validade da disposição estatutária. Isso porque, para atender ao requisitos da empresa social, a parcela anual destinada à constituição da reserva deveria compreender a totalidade dos lucros, cem por cento, e não haveria limite máximo para a reserva. Assim, a reserva estatutária não atenderia de forma adequada o propósito de não distribuição de dividendos da empresa social.

Outra opção para a empresa social constituída com S.A. não distribuir dividendos é a retenção de lucros. Ao dispor sobre a retenção dos lucros, a Lei de S.A. prevê, inicialmente, limite de cinco exercícios de retenção, mas afirma ser possível prazo superior caso haja projeto de investimento.

Retenção de Lucros

Art. 196. A assembleia-geral poderá, por proposta dos órgãos da administração, deliberar reter parcela do lucro líquido do exercício prevista em orçamento de capital por ela previamente aprovado.

§ 1º O orçamento, submetido pelos órgãos da administração com a justificativa da retenção de lucros proposta, deverá

compreender todas as fontes de recursos e aplicações de capital, fixo ou circulante, e poderá ter a duração de até 5 (cinco) exercícios, salvo no caso de execução, por prazo maior, de projeto de investimento.

§ 2o O orçamento poderá ser aprovado pela assembléia-geral ordinária que deliberar sobre o balanço do exercício e revisado anualmente, quando tiver duração superior a um exercício social.

Entendemos que, se é possível que a assembléia delibere pela retenção de lucros por período superior a cinco anos caso haja projeto de investimento, também é possível que disposição semelhante conste do estatuto social da empresa. Essa seria a uma solução para a constituição de empresa social de capital aberto. Desde já, todavia, advertimos que a falta de legislação específica para constituição de empresa social aumenta o risco de demanda judicial que questione a não distribuição de dividendos com o propósito lucrativos das S.A.s. Isso porque a intenção do legislador brasileiro é assegurar que lucros serão distribuídos aos acionistas nesse tipo societário, conforme se pode deduzir do conjunto de artigos sob o capítulo XVI - Lucros, Reservas e Dividendos, o que fica especialmente manifesto no parágrafo quinto do artigo 202:

§ 5º Os lucros que deixarem de ser distribuídos nos termos do § 4º serão registrados como reserva especial e, se não absorvidos por prejuízos em exercícios subseqüentes, deverão ser pagos como dividendo assim que o permitir a situação financeira da companhia.

Yunus reconhece o problema jurídico da falta de uma categorização específica para as empresas sociais. A solução que ele aponta para diminuir riscos de demandas judiciais que questionem a não distribuição de dividendos é que os acionistas assinem declaração em que renunciam seu direito a receber dividendos ou qualquer pagamento além de eventual recuperação do montante investido inicialmente.

Apesar de ainda não haver uma estrutura jurídica específica para empresas sociais, estão emergindo soluções para negócios que gerem lucro e tenham como principal atividade objetivos sociais. O melhor exemplo disso é a *community interest company* (CIC). Criada em 2005 pelo legislador do Reino Unido, a CIC é aludida pelo governo britânico como empresa social (*social enterprises*), apesar de não ser empresa social estritamente no conceito proposto por Yunus. Elas são companhias

criadas para o uso por pessoas que queiram conduzir uma atividade comercial ou outra atividade para benefício da comunidade e não apenas para benefício próprio, o que é alcançado através de um "teste de interesse comunitário" ("*community interest test*") e "capital preso" ("*asset lock*"). A partir desses requisitos, teríamos certeza de que a CIC foi criada para atender a propósitos comunitários e que o patrimônio e os lucros da companhia são dedicados para esses propósitos. A criação de uma CIC deve ser aprovada por uma agência reguladora que monitorará o desempenho de seu papel conforme os interesses sociais a que se destina.

Ao contrário das empresas sociais, as CICs podem distribuir dividendos. Essa distribuição é uma exceção à regra do capital preso e a quantidade da distribuição é limitada pela lei em cinco por cento acima da taxa de juros dos empréstimos feitos pelo Banco da Inglaterra, sendo que o total de lucros distribuídos não pode ultrapassar trinta e cinco por cento dos lucros auferidos pela companhia em um ano. A idéia do legislador britânico foi fazer um balanço entre empreendimentos de caridade e empresas tradicionais e, embora seja uma iniciativa admirável no sentido de estimular negócios sociais, ainda não compreende o modelo de empresa social de Yunus.

Vimos neste capítulo que empresas sociais são aquelas que combinam finalidade humanística e propósito de gerar lucros. A finalidade das empresas sociais tal qual pensadas por Yunus é solucionar um dado problema social específico, tal como diminuir o índice de desnutrição infantil, levar serviços de saúde e educação a populações carentes, fornecer água potável à população que viva em local em que a água seja contaminada, produzir calçado de baixo custo para pessoas que antes andavam descalças etc. Para todo problema social que possa ser remediado por um serviço ou um produto, poderia ser criada uma empresa social direcionada a resolvê-lo.

A segunda característica importante da empresa social é gerar lucros. Através dos lucros produzidos pela empresa gerida conforme a lógica das empresas maximizadoras de lucros, mas sempre tendo em vista atender a um fim social, a empresa social torna-se independente de atos de generosidade externos a ela, que dependem da boa vontade e da possibilidade em doar de pessoas, governos ou instituições internacionais. Assim os benefícios sociais que ela produz tornam-se institucionais e não dependentes de alguma vontade externa à própria empresa. Como a atividade da empresa social é lucrativa, ela é autônoma financeira e

economicamente e sua continuidade depende apenas da boa gestão empreendida por seus diretores. A geração de lucros como essencial à caracterização das empresas sociais as diferenciam das organizações de filantropia e de caridade, que não tem sem fins lucrativos.

Os lucros gerados pela empresa social não devem ser distribuídos sob qualquer forma para os investidores. Estes podem somente recuperar o capital investido em seu valor nominal, sem que haja sequer correção inflacionária do dinheiro destinado à constituição da empresa. Assim, a motivação para se investir numa empresa social não será obter benefícios próprios com aumento do valor empregado, mas sim valores humanistas e comprometimento com uma dada causa social. A exceção para a vedação da distribuição de lucros é feita caso a empresa social seja do Tipo II, em que as ações da companhia pertencem a pessoas pobres e a distribuição de dividendos é o instrumento de aliviar o problema social da pobreza.

A empresa social distingue-se dos programas de responsabilidade social típicos das empresas maximizadoras de lucros. Primeiramente, o compromisso com um dado problema social é a própria razão de existência da empresa social, enquanto nas empresas tradicionais os programas pró-sociais aproximam-se mais de estratégia de marketing dirigida a formar identidade institucional, aproximar a empresa do público e, finalmente, alcançar mais lucros. Ademais, os programas de responsabilidade social visam suavizar a característica maximizadora de lucros da companhia, conferindo-lhe viés humanista sem, contudo, alterar seu propósito de gerar lucros para os acionistas.

Ainda não existe uma legislação que estabeleça a forma de estruturação específica para as empresas sociais. Yunus recomenda que as empresas sociais sejam organizadas conforme as normas pertinentes às empresas tradicionais maximizadoras de lucros e que os acionistas assinem declaração em que se comprometam a não exigir que a empresa distribua dividendos, vedando o pagamento pela empresa de importância de outra natureza que importe algum retorno financeiro que não o do investimento inicial em seu valor nominal histórico. Apesar de não haver uma legislação que estabeleça normas específicas para as empresas sociais, a preocupação em tornar juridicamente amparadas formas empresarias com objetivos sociais está presente entre os atuais legisladores. Prova disso é a *community interest company* (CIC), espécie societária criada no Reino

Unido e que combina objetivos sociais como essenciais à empresa com distribuição limitada de dividendos.

Como a empresa social é formada pela aglutinação de capitais e não de pessoas, entendemos que a forma societária das sociedades anônimas é a mais adequada para a constituição das empresas sociais no Brasil. Como a Lei de S.A.s determina a distribuição de dividendos obrigatória para as companhias de capital aberto, as empresas sociais deveriam constituir-se como sociedades anônimas de capital fechado, com disposição expressa em seu estatuto de que não farão distribuição de dividendos e que todo lucro será reinvestido na companhia por toda a vida da empresa. A interpretação pela possibilidade de uma S.A. de capital fechado que produza lucros, mas não distribua dividendos, é possível a partir de uma análise extensiva do sentido do inciso II do parágrafo terceiro do artigo 202 da Lei de S.A.s, que permite que a assembléia delibere pela retenção total do lucro.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objeto do presente estudo é o aprofundamento na compreensão do princípio da preservação da empresa, inserido no art. 47 da Lei de Recuperação Judicial e Falência, a partir de uma perspectiva interdisciplinar. Dissecamos os termos da norma objeto de estudo, analisando individualmente o que são princípios, o que é a empresa e o que é função social da empresa. Num segundo momento, examinamos a dimensão sociológica da falta de especificação legal sobre como o Estado deveria atuar na preservação da empresa, compreendemos o papel da empresa no projeto de governamentalidade do Estado, demonstramos que a dinâmica de poder explica o surgimento das corporações nos Estados Unidos e concluímos com a exposição do conceito de empresa social, espécie empresarial que concilia lucro e valores humanistas.

Ao discorrer sobre os princípios, valemo-nos da teoria formulada por Ávila. O jurista desconstrói conceitos de regra e princípio consagrados na doutrina pátria, como os de Dworkin e Alexy, apontando a imprecisão dos critérios utilizados nessas construções conceituais. Ambos os juristas, americano e alemão, conceituam regras e princípios a partir do modo de aplicação de cada um deles, o que, para Ávila, não é essencial ao objeto, não podendo, então, servir para defini-lo. Ávila exalta os valores protegidos pelos princípios e pelas regras, bem como examina suas estruturas, a fim de diferenciá-los. A natureza dos comportamentos prescritos pelas regras é mediamente finalística, descritiva e deontológica, ao passo que os princípios estabelecem um estado ideal a ser atingido, são imediatamente finalísticos e deôntico-teleológicos. A análise das regras exige o estabelecimento de correspondência entre a descrição normativa e a construção factual, enquanto os princípios mantêm correlação entre conduta e construção gradual de um estado de coisas. As regras contribuem para uma decisão de forma decisiva e abarcante; já os princípios, de forma complementar e parcial. Ávila entende que, em caso de conflito, as regras devem prevalecer em relação aos princípios, do que discordamos, ao pensarmos que a prevalência só pode ser analisada conforme as circunstâncias de cada caso concreto. Ávila cria, ainda, uma terceira categoria normativa, os

postulados, que são normas metódicas, estruturantes da aplicação de outras normas e que fornecem critérios para a aplicação do Direito.

A doutrina jurídica atual se esforça em definir o que seja a empresa, sem haver um conceito único a respeito. Essa divergência na definição do objeto do direito comercial está presente na doutrina desde o início da criação de normas pelas corporações de ofício na Idade Média, quando o direito comercial era aquele elaborado pelas guildas para todos os que fossem comerciantes - período subjetivista. A codificação na Era Napoleônica trouxe os atos de comércio como centrais ao direito comercial, mas nunca houve consenso na doutrina sobre o que fossem tais atos. Contemporaneamente, falamos em empresa como fenômeno econômico poliédrico com quatro perfis de interesse jurídico - subjetivo, funcional, objetivo, corporativo ou institucional - conforme a teoria de Asquini.

Para que haja preservação da empresa, precisamos destacar sua importante função social. A função social da empresa advém do mandamento constitucional de que a propriedade tenha função social, bem como do direito civil, que prevê que os contratos tenham função social. A função social pode ser definida como prevalência do interesse público (coletivo) sobre o privado (individual), e todo o direito privado vem passando por rearranjo finalístico e absorvendo valores humanistas ao seu contorno. A adoção de programas de responsabilidade social pelas grandes empresas é sinal da absorção pelo mundo das relações de direito privado de noções de eticidade e solidariedade. Como a função social da empresa é princípio, e não regra jurídica, seu contorno normativo designa um estado ideal de coisas a ser atingido através da atuação da empresa na sociedade.

O legislador formulou o princípio da preservação de maneira aberta e imprecisa. Esse silêncio legal pode ser compreendido como violência subentendida, ou violência simbólica, de que nos fala Bourdieu. É a violência "doce", não brutal, a que aderem os dominados sem se darem conta de sua condição, uma vez que seus estados de mente foram estruturados pela estrutura que se lhes impõe. A falta de conceituação mais precisa sobre como o Estado pode atuar para recuperar empresa em tempos de crise levou ao *bailout* feito em 2008 pelo governo norte-americano na crise do sistema financeiro. Durante a crise, a tensão entre continuidade e mudança na ordem social restou evidente e a opção do governo pelo *bailout* preservou empresas que se colocaram em situação de crise em razão da atuação

questionável de seus CEOs e diretores, dando continuidade à estrutura de poder e respaldando atitudes empresariais anti-éticas e criminosas.

A preservação da empresa interessa ao Estado, na medida em que toda atividade econômica pertence ao seu plano de governabilidade. Foucault traça a história dos cereais, a fim de mostrar como a lógica do comércio dos gêneros alimentícios básicos na Europa Ocidental acompanhou a lógica do discurso da tecnologia de poder. A transição do mercantilismo para a doutrina fisiocrata guarda paralelismo com a mudança do sistema jurídico disciplinar para o sistema em que se privilegia o dispositivo de segurança. Enquanto no mercantilismo sobressai a tentativa de evitar a escassez, que é classificada em termos morais como má-fortuna, na fisiocracia o discurso de verdade concentra-se na produção do cereal e no mercado, focando na geração de excedente, especificamente o excedente da produção agrícola, e abandonando as ideias moralistas dos fenômenos naturais. O discurso fisiocrata diminui a intervenção estatal na economia e confere importância ao processo produtivo e à geração de excedente econômico, conceitos esses que guiarão o liberalismo. É no auge do período liberal nos Estados Unidos que ocorre a revolução corporativa de que nos fala Roy. Para o sociólogo americano, o atual cenário jurídico-econômico em que predomina a forma empresarial corporativa (a corporação é algo equivalente à sociedade anônima na legislação pátria) foi produto da estrutura de poder então existente.

Apresentamos o conceito de empresa social desenvolvido pelo ganhador do prêmio Nobel da paz (2006) Muhammad Yunus, também responsável pela criação do micro-crédito. A empresa social concilia a busca pelo lucro com a perseguição de um fim social, agregando a missão de solucionar um problema social à eficiência de gestão típica das empresas tradicionais maximizadoras de lucro. A empresa social é o extremo da empresa cumpridora de sua função social, já que sua atividade produtiva se destina ao melhoramento de interesses coletivos e não à distribuição de dividendos, corroborando o entendimento de que a maximização da riqueza dos acionistas não é o escopo da empresa em nosso tempo presente (Stout). A empresa social é conceito muito novo no modelo capitalista e ainda não dispõe de regulamentação legal própria para sua estruturação, sendo recomendável que ela se constitua na forma jurídica adequada para as empresas tradicionais. No Brasil, entendemos ser possível o estabelecimento de empresa social na forma de sociedade anônima, desde que seu capital seja fechado, pois, caso não haja

negociação de suas ações em mercado de valores mobiliários, a Lei de S.A. admite a retenção total dos lucros (art. 202, § 3º, II).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros: 2008.

ALBERGARIA NETO, Jason Soares de. A dissolução da sociedade limitada no Novo Código Civil. In: BERALDO, Leonardo de Faria (Org.). **Direito Societário na Atualidade** – aspectos polêmicos. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALVARENGA, Cérise. **O pesquisador como espectador e intérprete**: dando voz a uma experiência de pesquisa. Disponível em: <http://www.ip.usp.br/laboratorios/lapa/versaoportugues/2c19a.pdf>. Acesso em: 21 de julho de 2008.

ASCARELLI, Túlio. **Panorama do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1947.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Comercial**. v.1. Lisboa: F.D.L., 1998/99.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. O começo da história – A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BERTANTE, Marcela Zaidem Carneiro. A crítica foucaultiana de uma invenção freudiana. In: **Cientefico**. Ano VII, v. II. Salvador, jul-dez., 2007.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito Civil constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BLAIR, Margareth M. *Locking in Capital: What Corporate Law Achieved for Business in the Nineteenth Century*. **UCLA Law Review**, v. 51, n. 387, p. 387-455, 2003. Los Angeles: UCLA Press, 2003.

_____. *Directors' Duties in a Post-Enron World: Why Language Matters*. **Wake Forest Law Review**, v. 38, Fall 2003. 16 jun. 2003. Vanderbilt Law School, Nashville.

BOLAFFIO, Leone; ROCCO, Alfredo; VIVANTE, Cesare. **Il Codice de Commercio commentato** - Leggi ed usi commerciali – Atti di commercio, dei commercianti, dei libri di commercio – Art. 1 a 28 Cod. Comm. v. 1. Torino: Editrice Torinese, 1935.

BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

- BULGARELLI, Waldirio. **Direito Comercial**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- CAMPOS, Miriam Abreu Machado. **Anotações de aula**. Aula ministrada em 31 de março de 2008, na disciplina Direito Empresarial Contemporâneo, no curso de Mestrado em Direito Empresarial da Faculdade Milton Campos.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Gulbenkian, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de direito comercial**. 7. ed. V. 1, Livro 1. Rio de Janeiro / São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1963.
- _____. **Tratado de direito comercial**. Atualizador: Ricardo Negrão. v. 1. Campinas: Bookseller, 2000.
- CASTRO, Marcílio Moreira. **Dicionário de direito**, economia e contabilidade inglês-português. 2. ed. S/ed.: Belo Horizonte: 2009.
- COASE, Ronald Harry. **The nature of the firm**. 1937. Disponível em: <http://www.cerna.ensmp.fr/Enseignement/CoursEcolIndus/SupportsdeCours/COASE.pdf>. Acesso em: 26 de junho de 2008.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 9. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. **Manual de direito comercial – direito de empresa**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- COLOMBO ARNOLDI, Paulo Roberto. **Teoria geral do direito comercial – introdução à teoria da empresa**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. Unificação do direito privado e direito empresarial. In: BERALDO, Leonardo de Faria (Org.). **Direito societário na atualidade – aspectos polêmicos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- DAHL, Robert. *Power as Control of Behavior*. **Power – readings in social and political theory**. LUKES, Steve (org.) Nova York: NYU Press, 1986.
- DELEUZE, Gilles. *Post-scriptum* sobre as sociedades de controle. In: **Conversações: 1972-1990**. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. O princípio da preservação das empresas e o direito a economia de impostos. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. (Org.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. v. 10. São Paulo: Dialética, 2006.
- ESTATUTO Social da Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais. Disponível em: <http://www.abong.org.br/quem_somos.php?id=3> Acesso em 27 abril de 2011.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Londres: Duckworth, 1977.

FACHIN, Luiz Edson. O “aggiornamento” do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando os fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. São Paulo/Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2001.

FARAH, Eduardo Teixeira. A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Disciplinary Power and Subjection*. **Power – readings in social and political theory**. LUKES, Steve (org.) New York: NYU Press, 1986.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I - A vontade de saber**. 17. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

_____. **Segurança, território e população**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FREDERICQ, Louis. *Traité de Droit Commercial belge*. v. 1. Gand: Rombaut-Fecheyr, 1946.

FRIEDMAN, Milton. *The social responsibility of business is to increase its profits*. **New York Times Sunday Magazine**. p. 32-33 e 122-126, 13 set. 1970.

GONDINHO, André Osorio. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2000.

GUIDDENS, Anthony. **A terceira via**. 5. ed. Rio de Janeiro / São Paulo: Editora Record, 2005.

GUIMARÃES, Antônio Fernando. **Marketing verde e a propaganda ecológica: uma análise da estrutura da comunicação em anúncios impressos**. 2006. Tese (Doutoramento em Administração) Escola de Administração – Universidade de São Paulo (USP). Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-19102006-153357/> Acesso em: 28 de julho de 2008.

HENDERSON, M. Todd; MALANI, Anup. *Corporate Philanthropy and the Market for Altruism* (04 set., 2008). U of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 399; **Columbia Law Review**, Forthcoming. STEVELMAN, Faith. *Pandora's Box: Managerial Discretion and the Problem of Corporate Philanthropy* (25 Jun., 2009). **UCLA Law Review**, Vol. 44, No. 579, 1997.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito de empresa no código civil de 2002**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

_____. **Teoria da empresa no novo direito de empresa.** Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=602. Acesso em: 24 junho de 2008.

HOULT, Thomas Ford. **Dicionário de sociologia moderna.** Littlefield: 1969.

JESSUA, Claude. **Capitalismo.** Porto Alegre: L&PM, 2009.

KATAOKA, Eduardo Takemi. Declínio do individualismo e propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional.** Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2000.

LAMY FILHO, Alfredo. A empresa – Formação e evolução – Responsabilidade social. In: SANTOS, Theophilo de Azeredo (Coord.). **Novos estudos de direito comercial em homenagem a Celso Barbi Filho.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor.** 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial.** 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MATTAR, Hélio. **Responsabilidade social:** uma questão de identidade. Disponível em: http://planetasustentavel.abril.uol.com.br/noticia/sustentabilidade/conteudo_272960.shtml Acesso em: 28 de julho de 2008.

MEDINA, Marcelo Borges de Matos. Esboço de uma teoria da ponderação independente da teoria dos princípios. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.** v.58 Rio de Janeiro: s/e., 2004

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *In* **Revista de Direito do Consumidor.** São Paulo: abr. jun. 2004, nº 50.

OLIVEIRA, Edson Marques. Empreendedorismo social no Brasil: atual configuração, perspectivas e desafios - notas introdutórias. **Revista da FAE,** Curitiba, v.7, n.2, p.11-18, jul./dez. 2004.

PESSOA, Maiana Alves. **Função social da empresa como princípio do direito civil-constitucional.** Disponível em: http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B87EEC8FE-FD48-47DE-BC41-8A0CBAEA9903%7D_funcao-social-empresa-maiana-alves.pdf Acesso em: 27 de julho de 2008.

OUR annual ranking of the world's largest corporations - 2010. **Fortune.** Disponível em: <http://money.cnn.com/magazines/fortune/global500/2010/full_list/index.html> Acesso em 28 abril de 2011.

POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, para além do poder disciplinar e do biopoder. **Lua Nova** – Revista de Cultura e Política. n. 63. p. 179-201, 2004. São Paulo: CEDEC, 2004.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando os fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. São Paulo/Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

REALE, Miguel. **Fundamentos do Direito**. 3. ed. São Paulo: RT, 1998.

RENTERÍA, Pablo. “Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato”. In: MORAES, Maria Cecília Bodin de (coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro / São Paulo / Recife: Renovar, 2006.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

RIPERT, Georges. **Traité élémentaire de droit commercial**. 12. ed. v.1. Paris: LGDJ, 1986.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo direito societário**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SANTOS, Patrícia Gomes dos. **O discurso da responsabilidade social na Petrobrás**. 2006. 88 f. Dissertação (Mestrado em Ciências da Linguagem). Universidade do Sul de Santa Catarina. Tubarão, Santa Catarina, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

School For Social Entrepreneurs - SSE. What is a social entrepreneur? Disponível em: <<http://www.sse.org.uk/about.php?sub=WIASE>> Acesso em 26 abril de 2011.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil – Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2007.

SELEME, Sérgio. Contrato e empresa: notas mínimas a partir da obra de Enzo Roppo. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando os fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro / São Paulo: Renovar, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Interpretação da Constituição**. Disponível em: www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/30a03_06_05/jose_afonso1.htm. Acesso em: 21 de julho de 2008.

STOUT, Lynn A; BLAIR, Margareth M. *A Team Production Theory of Corporate Law*. **Virginia Law Review**, v. 85, No. 2, p. 248-328, Mar. 1999.

_____. *The Mechanisms of Market Inefficiency: An Introduction to the New Finance*. In: **UCLA School of Law, Law & Econ. Research Paper**. n. 03-23. 18 dez. 2003. University of California, Los Angeles (UCLA) - School of Law.

_____. Da natureza das sociedades anônimas. Trad.: Luis Peyser. In: **Direito Empresarial** - aspectos atuais de direito brasileiro e comparado. Org.: PERIN JUNIOR, Ecio; KALANSKY, Daniel; PEYSER, Luis. São Paulo: Editora Método, 2005, p. 503-517.

_____. *Why Should We Stop Teaching Dogde v. Ford* In: **UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper No. 07-11**. 18 set. 2007. University of California, Los Angeles (UCLA) - School of Law.

_____. **Cultivating Conscience: How Good Laws Make Good People**. Princeton University Press: Princeton, 2010.

_____. **Faculty Colloquium: Killing Conscience: The Criminogenic Effects of "Pay for Performance"**. Los Angeles (CA - USA) UCLA School of Law, 01 nov. 2010.

_____. **Rethinking " Shareholder Primacy" in the Wake of the BP Oil Disaster**. Rascunho de 22 de agosto de 2010.

SUPINO, David. **Diritto commerciale**. 2. ed. Firenze: G. Barbera, 1890.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa** – Atividade empresarial e mercados. São Paulo: Atlas, 2004.

TALAVERA, Glauber Moreno. Função social do contrato no novo Código Civil. **Revista CEJ**. n. 19. Brasília: out./dez. 2002.

UNICEF. *Economic Indicators*. In **Bangladesh Statistics**. Disponível em: http://www.unicef.org/infobycountry/bangladesh_bangladesh_statistics.html Acesso em 26 abril de 2011.

VALLE, Thelma Utsch Oliveira. **A Função social tendo em vista a empresa, o contrato e suas implicações sociais**. Disponível em: direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/alunos/11_11.doc Acesso em: 27 de julho de 2008.

VIVANTE, Cesare. **Trattato di Diritto Commerciale**. v. 1. 4. ed. Milão: Dottor Francesco Vallardi, 1911.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado moderno**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004.

YUNUS, Muhammad. JOLIS, Alan. **O banqueiro dos pobres**. Editora Ática: São Paulo, 2006.

WEBER, Karl. **Um mundo sem pobreza**. A empresa social e o futuro do capitalismo. Editora Ática: São Paulo, 2008.

_____. ***Building Social Business.*** *The new kind of capitalism that serves humanity's most pressing needs.* Public Affairs: Nova York, 2010.